

ESSAI
DE
SYSTÉMATISATION
DU CONFLIT DE LOIS
DANS LE TEMPS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 28 juin 1957

PAR

PATRICE LEVEL

MEMBRES DU JURY :

Président : M. H. BATIFFOL, Professeur.

Suffragants : { M. CARBONNIER, Professeur.
M. RAYNAUD, Professeur.

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V^e)

PARIS

—
1959



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551528_0037

ESSAI DE SYSTÉMATISATION
DU CONFLIT DE LOIS DANS LE TEMPS

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

ESSAI
DE
SYSTÉMATISATION
DU CONFLIT DE LOIS
DANS LE TEMPS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 28 juin 1957

PAR

PATRICE LEVEL

MEMBRES DU JURY :

Président : M. H. BATIFFOL, Professeur.

Suffragants : { M. CARBONNIER, Professeur.
 { M. RAYNAUD, Professeur.

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V^e)

PARIS

1959



« Rien n'est plus étrange dans la nature de l'homme que les contrariétés qu'on y découvre à l'égard de toutes choses. Il est fait pour connaître la vérité; il la désire ardemment, il la cherche, et cependant, quand il tâche de la saisir, il s'éblouit et se confond de telle sorte qu'il donne sujet de lui en disputer la possession. »

(PASCAL, *Pensées*, XXII-I.)

INTRODUCTION

1. — Les modifications de l'ordre juridique expriment la nécessité d'adapter les règles des conduites sociales aux besoins nouveaux naissant des transformations continues des sociétés humaines.

La succession des normes pose le problème de la délimitation de leur champ d'application respectif, car un même fait ne peut être soumis simultanément en un même lieu à deux règles, substantiellement différentes. L'éventualité de cette application cumulative pourrait être en effet évoquée si l'on songe que les situations particulières soumises aux lois ont une existence parallèle à celles-ci et distincte, ni leur commencement, ni leur fin ne coïncidant le plus souvent avec la promulgation ou l'abrogation des dispositions législatives.

Deux normes successives peuvent donc avoir vocation à régir un même fait : dans la mesure où leurs contenus respectifs s'opposent et ne se complètent pas, elles sont en conflit. C'est ce conflit qu'il faut résoudre. Il justifie l'étude d'une règle de conflit permettant de parvenir à sa solution. Les modifications de l'état du droit ont fait apparaître un aspect dynamique de l'étude du droit : celui-ci conduit à un examen des phénomènes juridiques qui tiennent compte du facteur temps. Quelques observations sur les rapports du droit et du temps feront apparaître la notion de conflit dans le temps. Un bref exposé de la méthode envisagée pour réduire ce conflit terminera cette introduction.

§ I. — LE TEMPS ET LE DROIT.

2. — L'utilisation par le juriste des résultats de la recherche philosophique est à la fois dangereuse et décevante. Nulle part ailleurs, si ce n'est à propos du temps, cette constatation ne s'impose avec autant de force que d'évidence. La prudence dont doit faire preuve le juriste

au contact des données fournies par le philosophe sera la meilleure des lignes de conduite.

Il est vrai que le temps n'apparaît pas au juriste comme il apparaît au philosophe. Pour ce dernier, qui a vocation universelle à l'étude, qui est selon le mot d'Auguste Comte, un spécialiste de généralités, le temps est considéré sous un aspect autonome, c'est un objet de réflexion à lui tout seul. Pour le juriste, le temps n'est que la qualité d'une substance considérée sous un angle particulier. Pour le philosophe, le temps peut être envisagé autant comme catégorie que comme concept. Pour le juriste, c'est une qualité de persistance, de persévérance dans le fait d'être, qui fait qu'une institution juridique naît, vit et meurt (1). L'attitude du biologiste, en face de ce problème est similaire. Pour lui le temps est la qualité caractéristique attachée aux modifications progressives des propriétés fondamentales des organismes vivants. Pour le sociologue, le temps révèle les transformations subies par les groupes sociaux. Pour le psychologue, le temps explique les transformations du moi, l'altération de la personnalité, facteur indispensable de la mémoire. Le temps révèle la succession des phénomènes, en un point donné, la diversité étant réalisable dans la simultanéité dès lors que l'on se réfère à plusieurs points de l'espace : il y a là une manifestation du lien entre le temps et l'espace, sur lequel nous aurons souvent l'occasion de revenir (2).

Pour le juriste, le temps demeure une donnée essentielle, mais il n'en a guère conscience. Il parle en termes d'évolution, de transformation, de réforme, s'intéressant plus à ce qui est qualifié qu'au qualifiant. Il relève le manque d'uniformité, la diversité sous une même compétence territoriale, des règles juridiques qui se sont succédé. De même dans le domaine de l'espace, a-t-il conscience de la diversité simultanée des règles de droit ? Le manque d'uniformité qu'il observe dans l'espace ou dans le temps entraîne, comme il le constate, l'élaboration en des temps et des lieux définis de règles destinées à régir les difficultés nées des interférences possibles des différents systèmes. Il ne lui appartient pas de rechercher les causes de la diversité : elles sont en principe, tout au moins en ce qui concerne les causes premières, étrangères à son domaine.

(1) Cf. HÉBRAUD, Chron., in *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, p. 293 : « Le temps opère à la fois consolidation et usure des institutions ; il en affermit les bases et en cristallise les contours, il en régularise le fonctionnement, tout en émoussant la confiance ou les illusions qui avaient présidé à leur naissance. »

(2) Non seulement, dans la définition, la référence à l'espace est nécessaire, mais également, dans la représentation du temps, l'esprit humain ne peut s'empêcher de penser la durée en étendue ; le vocabulaire utilise des termes d'espace ; on parle d'écoulement de la durée. La technique représente la succession des moments par le parcours d'un espace (pendule, cadran d'horloge), le remplissage d'un volume.

Le juriste peut se poser au contraire la question de la relativité des différents temps, des différentes fractions de durée des diverses institutions entre elles. De même que l'homme, spectateur de la course des nuages poussés par les vents, se croit immobile, hors de l'espace en mouvement, de même telle règle juridique générale et abstraite paraît permanente au regard de telle autre plus particulière et plus concrète.

3. — Lorsque nous écrivons que telle règle plus abstraite paraît permanente, relativement à une règle de droit plus concrète, moins générale que la première, nous mettons en présence deux systèmes dans lesquels le second paraît seul en mouvement dans le temps en regard du premier, relativement immuable et hors du temps. Ceci n'est que la transposition dans le domaine juridique d'une constatation faite depuis longtemps par les philosophes. Elle met en évidence le caractère intemporel de l'Idée, de l'abstrait, par opposition au concret, au réalisé, caractérisé comme tel par son insertion dans la durée. Dès lors que nous avons nos deux systèmes en présence, dont l'un est mobile par rapport à l'autre relativement immobile, toute référence de système en mouvement à un élément du système immobile constitue une concrétisation, une insertion dans le temps de cet élément. C'est l'explication de la formule de Platon définissant le temps, image mobile de l'éternité. L'Idée est hors du temps : sa participation au système temporel la fait passer, selon l'expression de Louis Lavelle, du domaine du possible au domaine du réalisé, c'est-à-dire pour nous du concret; ou bien encore, pour reprendre Bergson, de forme idéale, de concept, elle devient une perception (3).

Cette idée du passage du possible intemporel au réalisé temporel, par l'effet de la participation peut être utilisée avec fruit par le juriste (4). La vie juridique est en effet une illustration permanente de la réalisation particulière des possibles généraux posés par la loi.

Le Droit a pour fonction de poser *a priori* des principes de conduite utilisable par les personnes. Ainsi les articles 711 et 712 du Code civil précisent les modes possibles d'acquisition de la propriété. Le sujet de droit par l'utilisation d'un de ces modes concrétise le possible exposé dans la règle générale et abstraite. Par l'utilisation du possible

(3) De même dira-t-on que la règle abstraite est du domaine de l'Essence, alors que son application concrète est du domaine de l'Etre, ce qui rejoint la définition traditionnelle de la durée : persévérer dans l'être.

(4) Comparer avec ce qu'écrit M. BATIFFOL à propos de « cette possibilité de discerner dans une règle de droit des plans d'abstractions successifs, (qui) fait ainsi apparaître une nouvelle raison du caractère systématique du Droit... » (*Aspects philosophiques*, n° 24, p. 57). On reprendra cette idée au paragraphe suivant pour justifier une systématisation du conflit dans le temps.

intemporel, il y a eu concrétisation, insertion dans la durée. Nous sommes dans l'impuissance, mise à part toute question de capacité personnelle, de situer dans la durée, de préciser par une date cette possibilité que nous avons d'utiliser cette règle abstraite d'acquisition de la propriété, alors que je peux dater le moment où j'utilise la possibilité offerte par la loi.

On fera justement observer, et c'est là une première objection, que la permanence de la règle juridique abstraite est mise en échec par la diversité qui ressort de la succession dans le temps des différentes règles abstraites. Certes, en se référant à l'ensemble d'une civilisation, les règles abstraites ne sont pas immuables et par référence à un système plus vaste, elles s'inscrivent dans la durée. Aussi avons-nous précisé que lorsque nous parlions du caractère intemporel de la règle abstraite, c'était par référence à un système plus restreint, plus particulier, qui en regard de l'immuable système supérieur s'insérerait dans le temps. Ainsi, du général le plus universel au particulier le plus concret, se superposent diverses couches, deux à deux, caractérisées par une relation possible à réalisé, d'immuable à mobile. C'est ce que nous entendions lorsque nous parlions de relativité dans la nature intemporelle de la règle abstraite.

Transcrite dans le domaine du Droit, cette idée est mise en évidence par la constatation de la diversité dans le temps des règles de Droit. La loi en regard du particulier ne fournit que des possibles, elle est abstraite et intemporelle. Mais en regard d'une civilisation donnée, d'une certaine forme d'ordre établi, chaque loi apparaît non seulement beaucoup plus limitée dans son domaine, mais surtout s'inscrit dans la durée par rapport à l'ordre établi que joue alors vis-à-vis de la loi le rôle de principe abstrait et intemporel.

Pour le juriste, la considération du temps le pousse à distinguer deux séries de phénomènes : d'une part, l'existence de situations concrétisées par l'insertion dans le temps en regard de règles abstraites et intemporelles; d'autre part, l'insertion à son tour dans le temps de la règle abstraite par rapport à un système plus vaste.

Sur le terrain de la situation concrète, la disparition d'une règle abstraite remplacée par une autre, n'entraîne de modification ni du caractère temporel de la situation concrète, ni du caractère intemporel de la règle abstraite nouvelle qui demeure du domaine des possibles. La situation concrète continue à se référer au premier ordre de possibles dont elle est la concrétisation dans le temps. C'est la question du rapport entre la situation issue du premier ordre de possibles avec le deuxième qui pose notre premier point de contact avec le conflit des lois dans le temps.

Une deuxième objection, à laquelle il doit être fourni une réponse

immédiate, tient avant tout à la terminologie qui a été employée jusqu'ici.

L'expression de possible est de nature à faire naître une double confusion.

En premier lieu, elles laisserait croire que la concrétisation de la règle temporelle est liée à la volonté de l'individu. Ce serait profondément inexact. On verra par la suite que les critères de localisation dans le temps que nous essaierons d'établir ne sont pas fondés sur la seule volonté. Tout d'abord, la concrétisation peut être provoquée par un fait qu'il n'est pas au pouvoir d'une volonté humaine de faire naître. Ainsi la situation de la victime d'un quasi-délit se trouve concrétiser la possibilité de son indemnisation par la survenance du fait générateur de responsabilité.

Ensuite la concrétisation peut être provoquée en dépit de la volonté humaine et malgré elle. Ce qui nous conduit à écarter le second aspect de la confusion naissant de l'emploi du terme possible : la règle abstraite est très souvent impérative. Possible ne signifie pas facultatif. La règle abstraite et intemporelle est une virtualité, quand bien même par la généralité de son domaine d'application on distinguerait mal sa formulation de sa réalisation concrète dans le temps.

4. — L'analyse des rapports du Droit et du Temps met donc en évidence non seulement la succession des règles, mais également, et cette fois-ci en profondeur, la relation d'abstrait à concret entre une règle de droit et son application.

Mais là n'est pas la seule constatation que puisse faire le juriste en présence des problèmes soulevés par le temps. Il remarque que le temps, sous la forme de l'écoulement d'un délai, se révèle aussi comme une condition à l'application d'une règle. La prescription, certaines modalités des obligations, le système des forclusions et des délais de procédure font appel à la notion du temps (5).

L'examen dynamique des institutions en fonction de la durée marque, avons-nous vu, les altérations de l'ordre juridique : certaines modifications brutales parce que perçues par la conscience collective pourront poser un problème de transition, dont la solution répond à la fonction de la règle de conflit. Ce que nous voudrions rappeler dès à présent, c'est que la transformation d'un seul élément de l'ordre juridique en fait néanmoins un ordre juridique nouveau.

Si, dans une optique qui rappellera celle de Kelsen nous consi-

(5) Cf. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », in *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 439, qui pose la question de savoir si l'effet du temps porte sur le droit lui-même ou sur sa seule mise en œuvre.

dérons l'ordre juridique comme un composé de normes, il faut préciser que le remplacement d'une règle par une autre atteint l'ordre juridique dans son ensemble. Si une loi nouvelle ne semble intéresser matériellement qu'une fraction très limitée du milieu juridique, on ne doit pas perdre de vue que sa situation au sein de l'ordonnement des normes exerce une influence profonde sur l'ensemble. Il n'y a pas de transformation de l'ordre, mais substitution de l'un à l'autre. La confrontation dans le temps de deux lois particulières appelle donc l'opposition de deux ordres successifs. Le caractère inchangé d'une partie considérable de l'ensemble n'est pas de nature à infirmer cette proposition, pas plus que la similitude entre des dispositions relevant d'ordres juridiques distincts dans l'espace diminue en quoi que ce soit le particularisme spatial de chaque ensemble. L'ordre juridique ne se présente pas comme un jeu de construction aux pièces interchangeables. La norme ne se conçoit pas hors de l'ordre dans lequel elle s'insère, car c'est à leurs contacts qu'on interprète l'une et qu'on connaît l'autre. Et quand bien même les fondements de l'ordre juridique resteraient immuables, la succession des lois dans le temps révèle une succession des perspectives d'ensemble.

C'est dire que le conflit va dépasser quelque peu le partage des champs d'application des lois dans le temps. Par-delà le règlement du heurt de dispositions particulières, il suscite un problème de transition dont la résonance sera caractéristique dans l'élaboration et surtout l'interprétation de la règle de conflit (6).

5. — L'examen des phénomènes juridiques en fonction du temps conduit enfin à constater la succession des lois dans le temps, génératrice de difficultés multiples que la règle de conflit doit permettre de résoudre, conformément à sa fonction qui est d'adoucir les changements dans l'état du droit, de promouvoir des transitions à défaut desquelles l'ordre et la justice sont compromis.

C'est devenu une matière à chaussonner que la succession des lois, encore qu'elle révèle moins une versatilité du législateur que son im-

(6) Cf. DABIN, *Technique de l'élaboration du droit positif*, p. 42, note in fine : « ... on ne saurait accorder à M. P. ROUBIER (« De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours », dans *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1932, p. 121) que la règle d'après laquelle les lois nouvelles n'ont pas d'effet sur les contrats en cours est une règle de pure technique juridique. » Car, en admettant que cette règle soit indépendante de toute philosophie du contrat, il reste qu'elle se fonde sur « des motifs tirés des transitions législatives nécessaires », motifs qui ont une valeur politique et sociale.

puissance à suivre l'accélération de l'Histoire (7). La prise de connaissance des droits étrangers rappelle le sentiment éprouvé par le promeneur en montagne pour qui chaque pas mis devant l'autre révèle un spectacle toujours nouveau. Nous sommes trop faits de notre histoire pour que l'effet de surprise soit le même pour qui se penche sur l'étude historique de notre Droit. La constatation demeure de l'accumulation des législations et de la destruction totale ou partielle des lois les unes par les autres. Elle évoque un travail de Pénélope, où la trame du voile restant la même, le point de chaque jour est différent du précédent. Les lois succèdent aux lois. Moins brutalement, mais également, les coutumes et les usages prennent corps puis sombrent dans la désuétude, à moins que quelques réformateurs n'en viennent trancher l'existence. La première prise de contact avec l'histoire des institutions conduit très rapidement à constater la diversité des systèmes juridiques qui se sont succédé. Une réflexion plus poussée doit aboutir à se demander comment se sont ménagées les transitions.

La question des transitions est fondamentale dans l'étude du milieu vivant. Elle contient la clef de l'adaptation, à défaut de laquelle les espèces disparaissent.

Le milieu social est un milieu vivant et la succession des règles de conduite tend à nous imposer de savoir comment les institutions naturelles qui en sont issues vont s'adapter à ses transformations. Le problème est profond sur le plan humain si on se souvient qu'une règle juridique n'est pas seulement l'indication d'un processus à suivre, un mode d'emploi de vie en commun, mais surtout représente une valeur, c'est-à-dire ce qui doit être recherché au prix d'un effort pour y parvenir (8).

La difficulté vient de ce que les composants du milieu ne meurent ni ne naissent simultanément à l'occasion de ses transformations. Deux contraintes, deux règles de conduite substantiellement différentes vont s'imposer à l'individu. Celui qui aura agi dans le sens indiqué par le premier impératif risquera de se voir demander compte de son acte sous l'empire du second. Ce qui était « valable » dans un

(7) De même que la bouffonnerie d'un Aristophane exprimait un besoin profond de paix et d'union dans le monde grec, que formulait noblement la réflexion ou l'action d'un Thémistocle, d'un Cimon, d'un Périclès ou d'un Démosthène, de même la plaisanterie facile de l'amuseur révèle ce sentiment croissant de la « difficulté d'être » selon l'expression de M. Cocteau, dans un monde dont l'évolution se précipite à une cadence qui dépasse les prévisions les plus audacieuses. Cf. pour l'opinion des seuls juristes : SAVATIER, *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil...*, n° 8, pp. 12 et 13; plus généralement, pp. 5 et suiv.; *id.*, RIPERT, D., 1950, p. 21.

(8) S. DAVAL, *Philosophie générale*, p. 37.

premier temps ne l'est plus par la suite ou réciproquement et la question se pose non pas dans l'abstrait, dans la confrontation idéale de deux normes, mais sur la tête d'un même individu. L'homme concret, tour à tour blanc ou noir, abaisse la confrontation des conduites possibles au niveau du conflit entre comportements conformes à deux normes successives. Il y a conflit. Ce conflit s'exprime dans le langage de la technique juridique sous la forme d'une recherche de la sphère d'application de la loi dans le temps (9).

Il se posera dans les termes suivants : une loi nouvelle étant en vigueur, quel sera le sort des actes rattachables par un lien plus ou moins ténu au régime de la loi ancienne. Pour un acte, un fait, une situation donnés, il y a conflit entre diverses lois applicables auxquelles cet acte, ce fait, cette situation sont susceptibles d'être rattachés.

Si une loi organise la constatation de la paternité naturelle, est-elle applicable à l'enfant dont le fait générateur de la filiation, c'est-à-dire en principe la naissance, s'est produit sous l'empire du régime antérieur ?

Si une loi vient à interdire tel taux usuraire dans les contrats de prêt d'argent, est-elle applicable aux contrats antérieurement conclus ? Est-elle applicable aux intérêts déjà versés, ou échus et non versés, ou seulement à échoir ?

Autant de conflits posés par la succession de lois différentes susceptibles d'être appliquées, que la théorie générale du conflit de lois dans le temps s'est ingéniée à résoudre. Il faut fournir une règle de solution à ce conflit.

Et si la fonction de la règle de conflit est de ménager la transition dans le passage d'un système à l'autre, on conçoit que la sécurité et l'ordre public conduisent à réserver l'effet de la loi nouvelle à la période qui suit sa promulgation et à l'exclure au contraire du passé. Ceci est conforme à la nature de toute loi nouvelle qui est de trouver une application voulue par ses auteurs puisqu'ils l'ont créée. Respecter l'œuvre de leurs prédécesseurs pour la période où la loi nouvelle n'existait pas encore évite de remettre en cause des situations réglées antérieurement conformément au droit ancien. Ceci est exprimé par la notion de non-rétroactivité : la loi nouvelle a effet pour l'avenir et non pour le passé qui a été régulièrement soumis à la loi antérieure (10).

Il reste à trouver un critère qui permettra de définir les cas où

(9) Cf. CARBONNIER, n° 26, p. 90.

(10) Au sens général, la rétroactivité se définit comme un effet de la loi pour un temps où elle n'était pas encore en vigueur. Dans une acceptation plus approfondie, la définition du vocable suppose une prise de position sur le critère choisi : on concevra qu'il est ici prématuré d'en proposer une.

l'application de la loi nouvelle constitue ou ne constitue pas un effet rétroactif. C'est là l'objet du règlement du conflit dans le temps : on examinera à présent la méthode qui nous permettra d'y parvenir.

§ 2. — METHODE.

« Seuls varient les chemins par lesquels on prétend atteindre un but identique mais parfois mal discerné. »

(LOUIS-LUCAS, *Rev. crit. D.I.P.*, 1947.18.)

6. — La théorie générale du conflit de lois dans le temps a fait l'objet de la part des auteurs de dénominations variées (11). La vieille appellation de théorie de non-rétroactivité des lois a été à peu près unanimement critiquée. Les juristes d'outre-Rhin, inspirés par la discipline voisine du droit international privé, ont forgé l'expression de droit intertemporel (intertemporales Recht). On emploie en France et en Italie l'expression plus euphonique de Droit transitoire (Diritto transitorio) (11). M. Roubier a utilisé plus fréquemment l'expression « conflits de lois dans le temps » que l'on retrouve d'ailleurs parfois sous la plume des auteurs allemands (Collisionen) (12). Ces deux dernières dénominations ont tous nos suffrages : ce sont elles que l'on retrouvera le plus fréquemment sous notre plume.

Le rapprochement terminologique que l'on vient de faire entre droit international privé et droit transitoire, évoque une analogie de fond entre les deux disciplines. « Le vocable commun, écrit M. Batiffol, qui les a rapprochés exprime des rapports substantiels » (13). L'analogie est certes un procédé logique dont il ne faut user qu'avec précaution, car les prémisses contiennent l'expectative d'un résultat (14).

M. Roubier a rejeté formellement le rapprochement entre ces deux branches du droit dans la mesure où il conduirait à rechercher chez

(11) Sur ce point, cf. développements chez ROUBIER, I, pp. 2 et suiv., et cf. POPOVILIEV, *Rev. trim. dr. civ.*, 1908, p. 462, « Le droit civil transitoire ou intemporel »; cf. *id.*, PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, n° 4, p. 10.

(12) Not. chez SAVIGNY.

(13) Cf. article in *Etudes offertes à G. Ripert*, I, p. 293.

(14) Cf. pour une définition de l'analogie, GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, p. 305 : « L'analogie induit une solution, pour un état de fait donné, d'une similitude fondamentale entre cette situation et celle que la loi a réglée. »

l'une la solution à une difficulté posée chez l'autre (15). Il estime que dès lors que les motifs des solutions ne sont pas puisés aux mêmes sources, il ne peut y avoir entre ces solutions elles-mêmes que des rencontres accidentelles ou fortuites.

L'éminent doyen rappelle ainsi que les hypothèses où la loi ancienne est écartée au nom de l'ordre public ne coïncident nullement avec celles de l'exclusion de la loi étrangère. Nous ne nierons pas que le contenu de l'ordre public puisse varier d'une discipline à l'autre et que l'ordre public interne est distinct à de multiples égards de l'ordre public international (16). La fonction de l'ordre public n'en est pas moins similaire dans les deux cas, de conduire à la non-application de la loi normalement compétente.

M. Roubier insiste également sur l'analogie purement verbale entre les règles *tempus regit actum* et *locus regit actum*, notamment en ce que l'on ne se demandera pas pour la première si elle est facultative comme la seconde. Nous pensons pouvoir démontrer que les deux règles expriment en réalité à partir d'une analogie dans un effort identique de localisation, des résultats différents : la même méthode, utilisée ici en vue de la localisation, conduit à admettre en effet qu'en droit transitoire pour un seul acte, une seule situation dans la durée est possible, le moment où il se déroule, alors que dans l'espace un acte peut être rattaché matériellement à la chose qui en est l'objet ou aux personnes qui en profitent et dont les localisations géographiques peuvent être différentes. En effet, la critique prête aux partisans de l'analogie une confusion qu'ils se refusent de faire entre les modes de localisation dans le temps et dans l'espace. La localisation, comme nous le verrons, se réalise dans l'espace par une situation matérielle, dans le temps par une survenance d'un événement. C'est ainsi qu'un acte se localise bien plus aisément dans le temps que dans l'espace, où il est susceptible de rattachement médiateur qui justifie bien le caractère facultatif de la règle. L'analogie n'en subsiste pas moins entre le droit transitoire et le droit spatial : elle se retrouve dans leur technique, la localisation, et dans leur finalité, la solution d'un conflit de lois. C'est ce qu'exprimait Niboyet lorsqu'il écrivait que « la théorie des conflits de lois dans l'espace n'est jamais qu'une

(15) Cf. ROUBIER, Les conflits de lois dans le temps, I, p. 46. L'éminent auteur s'appuie notamment sur LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis*, p. 386. Il cite néanmoins un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1860 qui constitue une illustration de cette analogie (S., 60.I.224) à propos des effets de la loi de 1816 supprimant le divorce.

(16) Cf. cité par ROUBIER, *op. cit.*, p. 30; Cour cass., Florence, 5 déc. 1896.

des deux antennes de la théorie générale des conflits de lois » (17). Cette analogie fondamentale se retrouve dans la mise en œuvre de la règle de conflit (18). Nous rencontrerons au cours de notre étude des applications multiples et nous pensons fructueuses, de cette analogie entre les deux droits de conflit. Nous espérons faire sentir combien « les résultats atteints dans un ordre de conflits peuvent utilement guider la recherche dans l'autre » (19).

7. — L'ensemble des processus qui permettent de parvenir à la solution du conflit des lois dans le temps doit être constitué en système (20). Systématiser signifiera pour nous : coordonner et expliquer en justifiant.

La théorie générale du conflit des lois dans le temps faisant l'objet d'une systématisation, permet une recherche scientifique des solutions (21). Une telle attitude est conforme à la doctrine juridique au point où elle est parvenue de nos jours, c'est-à-dire dégagée de préoccupations d'ordre pratique, sans pour autant négliger les facteurs utilitaristes de l'évolution du droit (22).

(17) NIBOYET, *Cours*, p. 63. En plus de M. BATIFFOL, dans son article précité, on signalera comme favorable à l'analogie : GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé* (not., pp. 14 et suiv.) ; également M. GOLDSCHMIDT, *Systema formal del derecho de colision en el espacio y en el tiempo*. Cf. également SAVIGNY, *Traité de droit romain actuel*, VIII, p. 383, trad. Guénoux. Cf. *id.*, PACE, n° 38, p. 115.

(18) Cf. article BATIFFOL, précité, notamment dans la distinction de la création des droits et de leur contenu, dans l'utilisation de la notion d'ordre public, de la méthode des qualifications, dans la prééminence des *lex fori et temporis*.

(19) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(20) Cf. sur l'idée de système en droit, BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n°s 8 et suiv., pp. 19 et suiv.

(21) Cf. CARBONNIER, T. I, n° 7, pp. 24 et 25 ; CUVILIER, *Manuel de Sociologie*, II, p. 462.

(22) Cf. H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, pp. 275 et suiv. Cf. également DABIN, *op. cit.*, p. 200 : « ... la construction, dès lors qu'elle idéalise le réel et ne se contente pas de le résumer objectivement, prétend moins à une valeur de vérité théorique, c'est-à-dire d'adéquation parfaite aux réalités du droit, qu'à une valeur d'utilité pratique au regard de la mise en œuvre effective de la réglementation. »

M. Dabin rappelle également que GENY (*Science et Technique*, T. III, n° 223, p. 209), d'après JHERING (*L'Esprit du droit romain*, trad. T. III, n° 46, pp. 63 à 65), fait observer « qu'il est essentiel à la construction juridique de s'adapter exactement aux réalités positives du droit vivant... de telle sorte qu'il y ait correspondance complète entre les solutions données en fait et le vêtement conceptuel dont on les affuble... », il y a, semble-t-il, quelque équivoque ou peut-être même une confusion. Par sa nature et par son rôle, la construction, telle que M. GénY lui-même l'a définie, tend précisément à dépasser le réel, et c'est en quoi elle est artificielle et artifice volontaire, en quoi aussi elle est peut-être utile tout en étant dangereuse. Il est vrai que l'on confond souvent les concepts juridiques synthétiques avec les constructions juridiques, sans compter que la construction réagit sur le fond du droit, ce qui entraîne illusion. »

La théorie générale du conflit de lois dans le temps a été jusqu'ici l'apanage quasi exclusif des spécialistes du Droit privé, tant en France qu'à l'étranger. Selon M. Rouhier, il fallait toutefois parer au plus pressé et commencer par constituer une bonne théorie des conflits de lois dans le temps en droit privé, matière à penser de tous les juristes en dépit des proclamations d'autonomie (23). Il n'en demeure pas moins que le conflit de lois dans le temps n'est pas plus du domaine du droit privé que du droit public, encore qu'il est évident que chaque grande division de la science du droit se doit d'envisager la question sous l'angle qui lui est propre.

La science du droit transitoire répond aux mêmes objectifs et aux mêmes préoccupations que la science du droit en général. Ici encore, « les sources formelles font connaître les règles de droit dans la dispersion et parfois l'incohérence... avec des doubles emplois, et à l'inverse, des lacunes. Il faut classer, rassembler, compléter les dispositions les unes par les autres, bref mettre en ordre » (24).

Cette mise en ordre appelle une systématisation qui constituera l'essentiel du présent travail. On se livrera à une construction « idéale » du conflit des lois dans le temps qui devrait permettre à la fois d'expliquer et de mieux appliquer la règle de conflit. La justification de la systématisation part de la nécessité de coordonner des solutions éparses et variées (25), de refaire en pleine conscience le chemin parcouru par la seule intuition (26). Nous ne recherchons pas dans la logique

(23) Cf. ROUBIER, T. I, p. VII (préface).

(24) Cf. CARBONNIER, T. I, n° 7, pp. 24 et 25; DABIN, *op. cit.*, p. 201 : « Une certaine unité logique, au sein des institutions entre leurs diverses parties, comme au delors de leurs rapports avec des institutions voisines, apparaît ainsi comme la rançon désirable de l'exubérante multiplicité des lois et des jurisprudences. » Cf. BATIFFOL, passage cité *supra*, p. 8, sur l'avantage de la cohérence logique du droit. Cf. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, n° 62, pp. 248 à 250. Cf. GENY, *Science et technique*, T. III, n° 111 ; n° 221, p. 206 ; n° 217, p. 189. Cf. également GENY, *Méthodes d'interprétation*, T. I, p. 127 : « ...il ne saurait être question de bannir les raisonnements et les procédés logiques de la science du droit positif... »

(25) DABIN, *op. cit.*, p. 186 : « ...la construction juridique s'entend ici, non pas de la confection des règles et, par conséquent, des concepts qui les constituent, non pas même de l'explication des règles de fond, mais seulement de leur explication formelle, par rattachement à un principe idéal capable de les unifier en un système harmonieux. » Cf. GENY, *Science et Technique*, T. III, n°s 287 et 288, pp. 187 à 196 ; T. IV, n° 274, pp. 17 à 22.

(26) On sait que c'est à propos du conflit des lois dans le temps que M. GENY a prôné un recours, selon lui fructueux, à l'intuition (*Méthodes d'interprétation*, T. III, p. 111). On n'en niera pas l'utilité pour la connaissance. On constatera même que nombre d'auteurs, sous couvert de raisonnements logiques, n'ont pas procédé en réalité autrement. L'aspect normatif de la science du droit conduit néanmoins à ne considérer l'intuition que comme une démarche préalable qui doit être complétée par une analyse raisonnée du processus suivi. On insistera pourtant sur le fait qu'une conception réaliste de la méthode ne peut pas ignorer une certaine utilisation de l'intuition dans la solution des problèmes juridiques.

autre chose qu'une « autopsie » du jugement intuitif. Nous ne pensons pas de même qu'il puisse sortir quoi que ce soit de nouveau et d'original d'un raisonnement logique. Nous n'entendons, sur le plan général, ne lui donner qu'une valeur d'explication. Elle nous est en effet utile. Le droit pose des règles aux conduites humaines. Il est normatif, c'est-à-dire indique ce qui doit être fait et ce, théoriquement, avant que l'action ait eu lieu (27), car admettre que la définition des conduites intervienne à posteriori constitue la négation même du droit; il y a là, comme nous le verrons, la meilleure explication que l'on puisse fournir de la non-rétroactivité des lois.

Il est donc bien de la fonction du droit de définir des règles à priori du comportement des individus. La règle doit être formulée en des termes suffisamment compréhensifs pour justifier son application à tous les cas particuliers qui répondent à la finalité qu'elle exprime. Elle doit être formulée en des termes suffisamment précis pour éviter qu'une équivoque conduise à l'appliquer à des cas exclus en raison de la fin qu'elle se proposait, ou à ne pas l'appliquer au contraire à des hypothèses qui répondraient à ce but, si les conditions d'application de la règle pourvoyaient, comme elles auraient dû, à la satisfaction de la fin poursuivie (28). L'abstraction et la simplification nécessaires à la « praticabilité » de la règle devront néanmoins laisser une possibilité de contact avec le réel. Ce sera réalisé pour la règle de conflit par l'application exceptionnellement rétroactive de la loi nouvelle, voulue par son auteur. A défaut de quoi, on aboutirait quand même à un résultat identique, soit par la dénaturation de la règle, ce qui n'est pas souhaitable, soit par l'emploi d'une fiction, ce qui peut être dangereux (29). Ce qui importe avant tout, c'est de réduire à l'extrême « le cercle de l'indéterminé » (30).

(27) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 24, p. 56 : « La règle de droit étant générale et les actes humains particuliers, le travail quotidien du juriste consiste à chercher si l'acte en cause entre ou non dans le domaine de la règle générale considérée... »

(28) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 115, p. 257 : « Il est certes plus satisfaisant pour l'esprit de rechercher le but d'une institution afin d'en déduire la loi applicable, mais devant les difficultés fréquentes de cette recherche, la séduction des solutions simples et prévisibles a fait se pencher vers la seule considération de l'objet, même purement matériel, des rapports de droit. Cette facilité n'aurait pas connu un tel succès si elle n'avait correspondu à une tendance profonde du droit. » Cf. également BATIFFOL, *op. cit.*, p. 224, n° 100 : « Il semble bien... qu'un des problèmes les plus difficiles de la méthodologie juridique soit celui de la part respective du raisonnement déductif à partir de principes antérieurement posés et du raisonnement téléologique à partir de la fin à réaliser. »

(29) Ce n'est pas l'un des moindres paradoxes de la notion de fiction que de permettre une adaptation au réel d'une règle trop stricte. Cf. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap. X (XIV), § 3, trad. Barthélémy Saint-Hilaire : « Lors donc que la loi dispose d'une manière toute générale, et que, dans les cas particuliers, il y a quelque chose d'exceptionnel, alors on fait bien, là où le législa-

L'abstraction nécessaire à toute vue d'ensemble, à tout effort de coordination et de systématisation ne doit donc pas faire perdre de vue les exigences de la technique juridique : la satisfaction intellectuelle ressentie à la vue des plus belles constructions spéculatives ne doit pas faire oublier que le Droit est une science pour l'action. Les impératifs de la technique limitent l'effet des fins dégagées (31) par la systématisation et conduit à promouvoir un critère d'application des lois dans le temps qui soit « praticable », selon la formule de Jhering, tout en rendant compte de la fonction de la règle de conflit qui est de ménager une transition paisible entre les lois successives (32).

teur est en défaut et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, de redresser et de suppléer son silence, et de prononcer à sa place, comme il prononcerait lui-même s'il était là, c'est-à-dire en faisant la loi comme il l'aurait faite s'il avait pu connaître le cas particulier dont il s'agit.»

Cf. sur cette opposition réel et idéal, BATIFFOL, *op. cit.*, n° 114, p. 254 : « La recherche de l'intelligibilité ne doit pas méconnaître la complexité du réel. »

Cf. également, mais avec réserves, DABIN, *op. cit.*, p. 106 : « ... à la différence du savant, le juriste ne prétend pas représenter le monde tel qu'il est dans sa réalité multiforme et spontanée; simplement, il vise à l'organiser en hypothèses fermes sur lesquelles il pourra asseoir des solutions nettes. »

(*Ed. loc.*) « C'est là l'erreur principale d'une foule de juristes ou de philosophes du droit d'aujourd'hui. Sous prétexte de réaction contre le positivisme formaliste, ils font de la sociologie, oubliant que le droit, pour être praticable, doit être certain, que ses sources formelles doivent être nettes, que son contenu doit être précisé. Ou sinon, c'est la confusion, l'arbitraire et l'anarchie : une conception purement scientifique du droit ne peut engendrer que le désordre. »

La rigueur de la technique juridique ne doit pas conduire à méconnaître des aspects apparemment étrangers au droit, mais dont la connaissance révèle rapidement, et souvent à sa propre surprise, un intérêt très grand pour le juriste. Sur la nécessité d'une conception à priori syncrétique de la connaissance du droit, comparer P. DURAND, DS. 1956, D. 75, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé ». Selon notre opinion, l'ampleur des sources est sans conséquence sur la méthode, dès lors qu'elles ne sont exploitées qu'après une critique proprement juridique, après une prise de connaissance syncrétique du problème la plus vaste possible. Nous sommes ici aux antipodes de la « reine Recht Theorie » de Kelsen.

(30) Cf. DABIN, *op. cit.*, p. 111.

(31) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n°s 27 et suiv., pp. 285 et suiv. pour une analyse rationnelle et téléologique (sur la dualité de la méthode du droit).

(32) DABIN, *op. cit.*, p. 202 : « Entre l'idée et la réalité, une correspondance doit subsister aussi étroite, aussi serrée que possible, et s'il est permis à la construction d'user de symboles, d'analogies ou même de fictions, c'est à la condition de ne pas rompre avec les réalités de l'ordre matériel ou spirituel, qui constituent le fond essentiel de la réglementation. » « ... il ne suffira pas d'invoquer, à l'appui de telle solution particulière, qu'elle serait correctement déduite de l'idée mère; il restera à l'éprouver au regard du bien commun, de l'opportunité, de la praticabilité, qui sont les normes fondamentales de l'ordonnance juridique. »

GENY, cf. *Science et Technique*, T. III, n° 222, n°s 207 et 283, pp. 208 à 211; *Méthodes d'interprétation*, T. I, n° 60 à 82, pp. 124 à 204. Sur l'abus des abstractions, on repensera à la critique fameuse de GENY, *Méthodes d'interprétation*, T. I, pp. 145, 147, 149. Cf. surtout p. 129 : « Cet abus consiste, si je ne me trompe,

8. — Le point de départ de la question de conflit réside dans cette constatation que la loi n'a pas aptitude normalement à régir ce qui s'est passé avant sa naissance : ce qu'on exprime en disant que « la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif ».

La loi n'a donc compétence que pour ce qui se déroule dans le temps où elle est en vigueur. On conçoit alors que le critère de l'application de la loi dans le temps conduit très aisément à rechercher à quel moment un fait s'est passé pour en conclure de la loi applicable. C'est dans cette perspective d'une localisation dans le cours de la durée des rapports de droit que sera systématiquement orienté le présent travail. On montrera comment la constatation géniale de Savigny, estimant que la loi la plus apte à régir un fait est celle sous l'empire de laquelle il se localise dans le temps et dans l'espace doit permettre de fournir la ligne directrice du processus du conflit. Il conviendra auparavant de définir le contenu positif du règlement de conflit tel que l'histoire en décrit la naissance et les explications doctrinales qui en ont été fournies : on n'en jugera que mieux la part qui leur revient dans l'élaboration de la règle de conflit que nous proposerons à la suite. Un retour de la règle dans l'ensemble du milieu juridique terminera notre étude, justifiant notre préoccupation de ne systématiser qu'au contact de la réalité une et indivisible (33).

à envisager comme douées d'une réalité objective permanente, des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de leur nature.» Ce qui « aboutit à faire tenir à priori tout le système du droit positif en un nombre limité de catégories logiques, qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fond, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie. »

(33) La systématisation que nous tenons ici se situe sur le plan de la technique et non la politique transitoire. Dans la mesure où la considération des fins permet d'expliquer le contenu des règles, nous rejetons l'opposition proposée par certains auteurs entre technique et politique. Nous l'admettons au contraire si on ne vise dans cette distinction qu'à séparer le rôle de l'interprète de celui du créateur du droit. La distinction des points de vue *de lege data* et *de lege ferenda* ne limite d'ailleurs pas le juriste à la seule description des phénomènes juridiques. Le rôle de l'interprète est en effet également de dire ce qui doit être : cela tient, semble-t-il, à la nature hybride du phénomène juridique mi-normatif, mi-historique, selon les conceptions de M. Gurvitch.

« Nous nous dirigeâmes vers un point plus découvert, plus éclairé et plus élevé, d'où je pus distinguer toutes les âmes à la fois. Là, on me montra, sur l'émail fleuri, des esprits sublimes que je me réjouis d'avoir contemplés. »

(DANTE, *Divine Comédie*).

CHAPITRE PREMIER

EVOLUTION DE LA PENSEE JURIDIQUE EN MATIERE DE SYSTEMATISATION DU CONFLIT DE LOIS DANS LE TEMPS

9. — Le présent travail se limitant à rassembler les éléments d'un système général de conflits de lois dans le temps, nous ne chercherons pas à donner ici une vue d'ensemble de l'évolution historique du droit transitoire. Nous entendons tout d'abord exclure de l'étude du donné historique tout ce qui intéresse le droit transitoire spécial (1), dans la mesure où ses dispositions ne fournissent pas d'indications utilisables pour préciser l'évolution de la pensée dans le domaine de la systématisation. N'ayant en outre pas d'autre ambition que d'ébaucher une théorie générale, les solutions du droit positif ne seront ici évoquées que dans la mesure où elles éclairent et justifient le travail

(1) Nous classons dans le droit transitoire spécial les règles particulières à l'application dans le temps d'une loi déterminée, soit sous la forme d'une mise en œuvre particulière d'une règle générale de conflit, soit sous la forme d'une règle substantielle, portant organisation d'un régime juridique provisoire et intermédiaire. (Comp. ROUBIER, I, n° 6, pp. 32 et suiv.)

de construction mené par la doctrine. C'est dire que les développements que nous allons consacrer à l'évolution historique de la pensée juridique sur le problème qui nous intéresse et selon l'optique limitée que nous nous sommes fixée ne constituent pas un historique, même synthétique, du droit transitoire. Les travaux d'Affolter et de M. Roubier demeurent les seuls à retracer une histoire à peu près complète du droit transitoire. Il leur sera fait ici de fréquents emprunts, dans la mesure où ils permettront de saisir l'effort de systématisation du conflit de lois dans le temps qui demeure au centre de nos préoccupations.

Cet effort apparaît certes dans les ouvrages doctrinaux où il trouve sa forme la plus directement utilisable ici. Mais il doit être également recherché dans les monuments de la politique transitoire et dans les décisions jurisprudentielles qui semblent inspirées d'un point de vue dépassant la solution particulière donnée à l'espèce.

On ne perdra pas de vue que le travail de construction se fait par référence aux formules positives et qu'un rappel préalable des règles du droit positif illustre le bien-fondé et la portée véritable des systèmes élaborés.

L'étude de l'évolution des systèmes de conflit de lois dans le temps ne serait pas en effet complète si elle n'était accompagnée d'un exposé des principales règles positives de conflit qui constituent d'une part, dans un grand nombre de cas, de véritables systèmes généraux, et sont d'autre part la matière première à partir de laquelle s'échafaudent les constructions doctrinales.

Mais, pas plus que pour l'exposé des doctrines, nous ne saurions prétendre ici fournir une vue quasi complète des systèmes positifs de droit transitoire. Ce à quoi nous nous attacherons, c'est à découvrir dans quelques formules, tant françaises qu'étrangères, des résultats, des éléments qui pourraient être utilisés dans l'élaboration du système de conflit (2).

(2) L'intitulé même de notre sujet inclinera à penser que nous ne pouvons avoir la prétention de citer la totalité des sources législatives transitoires. Les textes que nous avons ici cités doivent suffire à montrer les différentes formulations législatives d'un système général de conflit. Le choix que nous avons été amené à faire, compte tenu des obstacles linguistiques auxquels se heurte tout chercheur isolé, a été dicté par des similitudes de pensée et de technique existant entre les droits étrangers et le droit français.

Ce n'est pas dire que les législateurs non cités ici ignorent le droit transitoire et le principe de non-rétroactivité des lois. (Pour le droit soviétique, cf. tout particulièrement D. M. GENKIN, *Droit civil soviétique*, trad. allemande officielle du ministère de la Justice d'U.R.S.S., *Sowjetisches Zivilrecht*, chap. I^{er}, § 3, p. 111, *Zeitlicher Geltungsbereich der Zivilgesetze* : « Ein Gesetz tritt in der Regel im Zeitpunkt seiner Verkündung in Kraft. Hier ist der Grundsatz von Bedeutung, dass ein Gesetz keine rückwirkende Kraft hat », et cf. à la suite les différentes décisions législatives, administratives ou judiciaires précisant la portée de la non-rétroactivité.

Il semble que le droit transitoire ait été considéré, jusqu'à une époque relativement récente, comme une question relevant d'un aspect très technique et même bureaucratique de l'application des lois.

L'accent n'avait pas été mis sur cet aspect de conflit de lois, qui est au départ un conflit d'ordres juridiques qui pose un problème de coordination, né de la diversité des lois et dont la solution impose une analyse très poussée des institutions juridiques.

Il ne faudrait pas néanmoins en conclure que la doctrine du conflit de lois dans le temps ne puise pas ses origines à une époque très reculée.

Sous son aspect très général de non-rétroactivité, la réflexion doctrinale sur notre matière est très ancienne. Sous les aspects du droit transitoire spécial, les travaux de la doctrine remontent à une époque assez reculée.

Mais ce en quoi la doctrine du droit transitoire est de formation relativement récente, c'est dans la mesure où l'élaboration de la règle générale de conflit quitte le plan de la règle morale très antique, s'unit au plan des règles transitoires spéciales, dégagées des dispositions législatives spéciales pour aboutir à un système général du conflit des lois dans le temps.

La question de l'application des lois dans le temps a un aspect moral et un aspect juridique.

Dans l'aperçu historique des doctrines du droit transitoire que nous allons brièvement retracer, le partage entre ces deux attitudes sera souvent difficile, non seulement chez les auteurs très anciens, mais également souvent chez des auteurs plus récents.

Le développement chronologique montrera l'efficacité juridique des constructions tentées aux différentes époques. Il servira de cadre à cette étude de l'évolution de la pensée juridique en matière de conflits dans le temps.

Avant de prendre connaissance des constructions les plus directement utilisables pour nous, on essayera de préciser le contenu positif du règlement du conflit tel qu'il a été dégagé au cours des siècles.

SECTION I

CONTENU HISTORIQUE DU RÉGLEMENT DU CONFLIT

10. — La répartition des champs d'application respectifs des lois successives a été très rapidement dominée par le souci d'éviter que la loi nouvelle porte son effet pour un temps où elle n'était pas

encore en vigueur, en modifiant a posteriori les conséquences des faits passés. C'est le principe de non-rétroactivité des lois. La difficulté est apparue immédiatement dans la détermination des conséquences actuelles des faits passés et dans la définition même du fait passé excluant l'effet de la loi nouvelle. En effet, s'il est légitime que la loi ne rétroagisse pas, encore faut-il que le principe ne porte pas atteinte à l'efficacité des réformes apportées à l'état du droit antérieur. Le danger d'une application trop conservatrice de la loi nouvelle a pu être évité par la pratique des clauses d'exclusion du principe de non-rétroactivité insérées dans les dispositions nouvelles, en dehors de toute définition du fait passé, exclu du champ d'application de la loi nouvelle.

Par ailleurs, certaines normes qui tendent plus à expliquer le droit en vigueur qu'à le modifier ont comme une vocation naturelle à régir les faits passés; ainsi s'est justifiée la rétroactivité des lois interprétatives.

Mais, hormis ces deux exceptions, l'effet des lois sur le passé demeurerait difficile à préciser. Un premier effort à chercher à définir les faits appartenant le plus sûrement au passé, dans la mesure où ils étaient exclus indiscutablement du présent : ainsi s'est révélée la catégorie des *causae finitae*, c'est-à-dire des faits ayant été l'objet d'une instance définitivement close et dont le contenu a été fixé dès l'époque antérieure à la loi nouvelle. C'est de cette manière que s'est manifestée la localisation dans le temps, dont nous aurons à tirer par la suite un très grand profit.

Le contenu de certaines situations est de même précisé dès leur origine : il s'agit des contrats qui demeurent soumis à la loi en vigueur au moment où ils ont été passés.

Le rattachement d'un rapport de droit considéré à la loi nouvelle a été enfin justifié par des motifs d'ordre public nonobstant le principe de non-rétroactivité.

Ainsi se sont dégagées assez rapidement les règles dominantes du conflit des lois dans le temps. En reprenant brièvement l'exposé, nous en situerons l'origine et citerons quelques sources particulièrement intéressantes (3).

(3) M. PACE (n°s 13 à 18, pp. 27 et suiv.) a repris l'exposé historique d'Affolter et de M. Roubier. Il a toutefois proposé une classification originale du développement du droit transitoire en trois phases : phase négative, phase de la rétroactivité comme règle, phase de la non-rétroactivité comme règle générale. Une telle distinction nous paraît convenable encore que révélant plus la synthèse sociologique que l'exposé historique. Au demeurant, le contenu des deux premières phases reste du domaine de la conjecture et à peu près étranger aux temps historiques.

1° LE PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ (4).

11. — Il est admis dans nos civilisations et ce, dès une époque déjà ancienne, que la loi ne saurait avoir effet sur le passé à une époque où elle n'était pas encore en vigueur.

On connaît un texte de Cicéron (5) qui rappelle cette règle apparemment reçue, que les lois ne s'appliquent jamais aux faits passés.

Le caractère d'évidence d'une telle proposition se retrouve à maintes reprises dans les monuments du droit romain. On trouve notamment dans une constitution de Théodose II et Valentinien III de l'année 440 (6) que *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari* (7). L'expression *certum est* constitue à coup sûr l'argument le meilleur en faveur du caractère indiscuté de la règle de non-rétroactivité (8). Nous trouvons ici exprimée la première proposition de ce que l'on a appelé la règle théodosienne.

Une constitution de Théodose I^{er} de l'année 393 (9) précisait de même que la loi nouvelle ne portera pas atteinte aux faits passés,

(4) AFFOLTER (p. 49, *Geschichte*), après LASSALLE (*Théorie des droits acquis*, 303) et SAVIGNY (VIII, p. 441), a utilisé à l'usage du conflit transitoire les règles romaines relatives au changement dans l'état de fait, ce à quoi M. ROUBIER se refuse (I, p. 31). Selon l'éminent historien du droit transitoire, les textes romains révèlent une dualité de règles contradictoires à propos des conséquences des changements de fait, et non de droit, sur les situations juridiques :

1° La survenance d'un événement qui aurait rendu un acte inutile s'il s'était produit au jour de sa formation, doit, à une date postérieure, en entraîner la caducité (MARCELLUS, D. XLV, 1, *De verb. obl.*, 98 pr.; MARCIEN, D. XXXIV, 8, *De hisquae pro non scriptis habentur*, 3, 2);

2° Un acte valablement constitué subsiste, malgré un changement postérieur dans l'état de faits qui aurait été de nature à faire obstacle à sa constitution, s'il s'était produit à ce moment-là (PAUL, D. XLV, 1, *De verb. obl.*, 140, Z. D L 17; De reg., 85, 1; Inst. Just., 2, 20, *De Leg.*, 14).

M. Roubier limite son commentaire à la constatation d'une controverse. Affolter a cru que cette divergence était due à l'ancienneté de la première règle venue du droit ancien et à la nouveauté de l'autre de droit moins strict, s'attachant moins à l'immutabilité des faits juridiques. Il va de soi que la première règle n'est plus de nos jours utilisable, en raison de la prohibition de l'article 2. Toutefois, Affolter s'en sert pour déclarer l'existence d'une règle exceptionnelle d'exclusion de la survie. Ne confondrait-il pas alors rétroactivité tempérée et exclusion de la survie ? Il faudrait ensuite se demander si la deuxième règle constitue bien une application du principe de survie. Comp PACE, p. 108, n° 37.

(5) *Action contre Verres*, 2^e Action, Livre I^{er}, chap. 41-43, éd. Klotz, T.V.; éd. Belles-Lettres, T. III et IV.

(6) C. Just., I, 14, *De Leg.*

(7) « Il est certain que les lois et les constitutions qualifient les affaires futures et ne portent pas atteinte aux faits passés. »

(8) Cf. ROUBIER, I, p. 68.

(9) C. Théod., I, 1, *De Const.*, 3, *Omnia constitua non praeteritis calumniam faciunt sed futuris regulam ponant.*

mais ne vaudra règle que pour l'avenir. Avec la même vigueur, exprimée dans le terme *calumniam* nous retrouvons une proposition identique dans une constitution d'Anastase (10) : *Cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumniam excitare*. Selon Lassalle, cette inévitable altération de la volonté à laquelle aboutit l'application aux conduites déjà réalisées des décisions nouvelles est illustrée par l'expression *calumniam excitare*. La loi nouvelle n'a donc pas d'effet sur les faits passés, elle n'est donnée que pour les situations à créer dans l'avenir.

Les textes des grandes collections canoniques reprennent les mêmes formules (11), telles qu'elles avaient été exprimées dans la règle théodosienne. On peut lire dans un texte datant du pontificat de Grégoire IX (1230) (12) à propos de l'effet de la loi nouvelle : *non ad praeterita sed ad futura tantum extendi* (13).

Beaucoup plus tardivement, on relèvera l'apparition du terme même d'effet rétroactif, encore que les conséquences en aient été prévues depuis fort longtemps, ainsi que nous venons de le voir. Dans l'ordonnance d'août 1747, relative à la matière des substitutions, on peut lire (14) que « les dispositions contenues dans le titre premier de la présente ordonnance... n'auront aucun effet rétroactif et les contestations nées ou à naître à cet égard seront jugées suivant les lois et la jurisprudence qui étaient observées auparavant dans nos Cours... »

Toutefois, si le principe a été de tous temps admis que la loi nouvelle ne pouvait avoir effet sur le passé, il n'en a pas moins été reçu corrélativement que le législateur pouvait, par une clause insérée dans la norme promulguée, écarter la règle de non-rétroactivité.

2° L'EXCLUSION DU PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ.

12. — C'est le même fragment de la constitution de Théodose II et Valentinien III qui nous avait fourni le premier volet de la règle

(10) C. Just., X, 31, *De decur*, 65 : « Alors qu'il convient que les lois s'appliquent aux choses futures, elles ne doivent pas porter à remettre inutilement le passé en question. » (Le mot *calumnia* exprime dans un sens juridique une signification de « chicane », de « controverse inutile » que ne rend évidemment pas le français « calomnie ».)

(11) Sur la doctrine transitoire en droit canonique, cf. PETRONCELLI, « Il principio della non retroattività delle leggi in diritto canonico » (in *op. cit.*, en droit romain, p. 3).

(12) C. 13, X, *De Constitut*, 1, 2 Cf. l'article 10 de l'actuel Code de droit canonique. Cf. au même texte de Grégoire IX, la transcription quasi littérale du texte romain : *Cum leges et constitutiones futuris certum sit dare formam negotiis, non ad praeterita facta trahit*.

(13) « Elle ne doit pas être étendue au passé mais à l'avenir. »

(14) § 55, Titre II, ISAMBERT, T. XXII, p. 193.

théodosienne, que nous retrouvons ici. La loi nouvelle n'aura pas d'effet sur le passé, *nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit* (15).

Le texte pourra donc, à la condition d'être explicite (*nominatim*), décider de sa propre application dans le passé (16). Une disposition transitoire spéciale sera donc possible pour écarter l'application de la règle de non-rétroactivité. Une constitution des mêmes empereurs de l'année 424 fournira un exemple de rétroactivité prévue par un texte spécial (17).

La disposition prévoit l'application d'une prescription nouvelle de trente ans à des actions jusque-là imprescriptibles. Nous verrons par la suite que le nouveau délai appliqué à une prescription en cours n'est pas en soi une manifestation de rétroactivité, puisque la durée de la prescription à partir de la loi nouvelle n'est pas un fait passé. L'application de la règle innovatrice dans le passé (18) réside ici dans ce que pour le calcul du délai, le temps couru depuis la naissance de l'action jusqu'à la promulgation, ce qui est une collection de faits passés, doit être retenu dans la computation des trente ans, prévus par la nouvelle constitution. Constatation également intéressante à retenir pour la suite de nos développements, le texte impérial prévoit un délai spécial de dix ans au cas où le délai de trente ans se serait écoulé depuis la loi nouvelle et retirerait l'action aux éventuels demandeurs sans que ceux-ci aient pu se douter être forclos, conformément à l'ancien état du droit. Il y a là une disposition transitoire spéciale et substantielle destinée à tempérer le caractère trop rigoureux que pourrait avoir, dans cette hypothèse limite, l'application du nouveau délai aux actions antérieures, car il va de soi que si l'auteur de la loi nouvelle peut faire agir son œuvre dans le passé, il demeure maître d'atténuer les effets de la rétroactivité qu'il a voulue (19).

(15) *Loc. cit.*, « si cela n'a été prévu nommément et pour le temps passé et jusqu'aux affaires passées ».

(16) Le texte canonique précité de Grégoire IX reproduit ce second volet de la règle théodosienne dans les mêmes termes : *nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur*. Cf. également en ce sens un texte beaucoup plus ancien (598) remontant au pontificat de Grégoire le Grand, C. 2, X, De consist., 1, 2. Cf. sur ce point ROUBIER, I, pp. 87 et suiv.

(17) Théod., IV, 14, De act. Cert. temp. fin. c. un., 4.

(18) Cf. ROUBIER, I, pp. 70 et suiv.

(19) Cette possibilité d'un effet rétroactif prévu expressément par la loi nouvelle, nous allons la retrouver dans une constitution très connue de l'empereur Constantin de l'an 326. O. Th., III, 2. De Comm. rescind. c. un. C. Just., VIII, 35, De pact. pignor, 3. La réforme portait ici une très vigoureuse condamnation du pacte commissoire auquel Constantin entendait retirer tout effet, aussi bien pour l'avenir que pour les pactes précédemment conclus. Cf. MONIER, II, n° 102, p. 127;

Le législateur peut abandonner cette technique transitoire inspirée par la règle de non-rétroactivité. Il peut décider sous le poids de préoccupations étrangères à une application distributive des effets des lois dans le temps fondée sur la simple localisation des rapports de droit, que tel fait à raison de son caractère particulier et non de sa situation au cours de la durée pourra être soumis à la loi nouvelle. La portée de la clause de rétroactivité est donc très grande et dépasse le cadre temporel du conflit transitoire.

13. — L'ignorance du facteur temps, caractéristique de la question transitoire dans la législation du ^{vi} siècle se manifeste sous deux aspects. Les règles transitoires ou bien décident de l'application de la loi nouvelle aux faits passés, ou bien reportent l'effet de la loi nouvelle de manière à ménager les situations ayant pris naissance sous l'empire de la loi ancienne.

L'action sur le passé est inspirée par des considérations attachées non à l'examen de la situation litigieuse, mais tenant à la nature particulière de la fin poursuivie dans l'élaboration de la loi nouvelle.

Une première série de textes se rapporte aux questions religieuses. Une constitution 21 (20), relative aux aliénations d'objets sacrés, est déclarée devoir s'appliquer aux situations qui, sans avoir fait l'objet d'un règlement judiciaire définitif, sont déjà pendantes devant les tribunaux (*in judiciis pendentibus*).

La constitution suivante (21) apporte, toujours en matière sacrée, une solution identique justifiée selon ses auteurs par le souci d'apporter une distinction entre les choses humaines et les choses divines, notamment en regard de l'application des lois dans le temps. On retrouvera cet état d'esprit dans un texte mosaïque (22) que le droit divin est présumé avoir toujours été en vigueur et sa révélation tardive ne doit pas apporter une consécration imméritée à un état de droit provoqué par l'aveuglement d'un législateur antérieur. L'exclusion du principe repose toujours ici, toutefois, sur une clause et non sur une interprétation de l'ordre public.

La constitution 23 est encore plus rigoureuse puisqu'elle déclare s'appliquer, non seulement aux situations issues de faits passés déjà

n° 126, p. 167; n° 230, p. 315. Sur le régime du pacte commissaire avant sa condamnation, cf. texte de PAPINIEN aux *Frag. Vatican*, 9. Sur l'aspect transitoire de la question, cf. MAILHER de CHASSAT, I, p. 148; ROUBIER, I, pp. 70 et suiv.; BERGER : « Ex post Facto in roman sources », *Sem.*, 7, 1949, p. 63 (Seminar - An annual extraordinary number of the jurist, Washington).

(20) C. Just., I, 2, De sacro sanct. eccles., 21.

(21) *Eod loc.*, 22.

(22) Cf. *infra*, n° 17, p. 30.

en cours d'instance avant la promulgation de la loi, mais également aux situations éteintes par une décision de justice (23).

14. — Ce sont encore des préoccupations d'ordre moral qui vont intervenir dans les textes suivants, non pour justifier la règle de conflit mais pour excuser son exclusion.

Nous retrouverons dans une disposition émanant du pape Alexandre III (24) cette opposition déjà rencontrée du droit divin ou révélé et du droit positif ou humain. La loi de droit divin se doit d'être appliquée aux faits passés puisqu'il ne s'agit ici, selon la formule de M. Roubier, que de rappeler aux mémoires faillibles des humains des vérités éternelles (25).

Dans une disposition imitée de préoccupations identiques rencontrées chez Justinien, il est décidé que la loi nouvelle, contrairement à la règle habituelle, s'appliquera aux contrats usuraires. Même les intérêts échus et perçus seront restitués au débiteur ou à ses débiteurs. A défaut de ceux-ci, ce sont les pauvres qui bénéficieront des restitutions. Il est difficile de concevoir un effet sur le passé plus complet et plus rigoureux sous cette manifestation de *restitutio in integrum*.

C'est parfois une solution tout à fait opposée à laquelle conduisent les mêmes préoccupations morales, étrangères à la technique transitoire, quand nous voyons la loi nouvelle respecter les faits passés jusque dans leurs conséquences futures (26).

Ce sont encore des impératifs d'ordre moral et d'ordre social qui conduiront à écarter la non-rétroactivité et à promouvoir une application rigoureuse, pour être efficace de la loi nouvelle. On connaît les ravages qu'avait provoqué, dans les rangs des élites, le duel. On comprendra la rigueur avec laquelle l'autorité législative poursuit sa répression jusque dans ses conséquences patrimoniales.

La déclaration de 1653 autorisait les parents de l'individu tué en duel à venir à sa succession, nonobstant la confiscation prononcée des biens du duelliste, à condition qu'ils aient eux-mêmes poursuivi la répression du crime commis. Ce texte eut pour effet de provoquer des conflits d'intérêts entre les successibles qui s'étaient portés partie à l'action répressive et qui entendaient exclure la succession des héritiers plus proches qu'eux, mais qui étaient restés passifs.

La déclaration de 1668 précise les droits des uns et des autres et déclare s'appliquer aux faits passés, ce qui se conçoit puisqu'il s'agit

(23) *Ed. loc.*, 23.

(24) C. 5, X, De *usuris*, 5, 19.

(25) Cf. I, p. 88.

(26) Cf. C. 9, X, De *consacr. eccl.*, 3, 40.

d'une loi interprétative, mais même aux espèces éteintes ayant tranché les différents entre successibles et qui avaient définitivement procédé à l'attribution des biens du duelliste décédé. La déclaration organisait pour cette hypothèse particulière une véritable *restitutio in integrum* (27). « Voulons et nous plaît que, tant pour le passé qu'à l'avenir, entre les parens qui seront dans les trois premiers mois parties au procès, les plus proches parens et habiles à succéder, suivant les coutumes, seront préférés de ladite confiscation, quoique les poursuites faites par les parens plus éloignés eussent procédé et continué jusqu'à la condamnation, à la charge toutefois de rembourser lesdits parens plus éloignés de tous les frais nécessaires par eux faits ès dites poursuites, et ce nonobstant tous jugemens à ce contraires... » (28).

Les effets rigoureux de cette disposition transitoire sont limités dans le temps à la nécessité pour les intéressés d'agir dans les trois mois. Les motifs de cette rigueur, les auteurs du texte les ont précisées au début de la déclaration. Les litiges entre successibles et les conditions très particulières de leur venue à la succession sont préjudiciables au repos et au bien des familles. C'est ici au nom du sentiment de sécurité des membres du corps social que l'on applique la loi nouvelle aux faits passés, alors qu'une même idée donnait ses assises à la règle générale du respect des situations acquises.

15. — La rétroactivité peut être voulue enfin pour des raisons d'ordre simplement technique, encore que ce soit toujours dans le sens d'une plus grande efficacité de la loi nouvelle. C'est ainsi qu'une loi instituant des formalités nouvelles n'est pas normalement applicable aux actes antérieurement faits. Le législateur pourra néanmoins l'exiger, en prévoyant des délais en faveur des titulaires pour se mettre en règle.

Un texte intéressant une modification d'institutions préexistantes retiendra notre attention. Il s'agit d'un arrêt du Conseil du 7 août 1785 (29), relatif aux transactions à terme et présumées frauduleuses des effets publics. Y sont en effet déclarés nuls « les marchés et compromis d'effets royaux et autres quelconques qui se feraient à terme et sans livraison desdits effets, ou sans le dépôt réel d'iceux, constaté par acte dûment contrôlé au moment même de la signature de l'engagement ». Le nouveau texte qui pose des conditions de validité plus rigoureuses pour ce genre de transactions ne porte pas atteinte aux actes antérieurement passés, ce qui demeure conforme à la règle de conflit dégagée des textes précédents.

(27) Cf. ROUBIER, I, p. 106.

(28) ISAMBERT, T. XVIII, p. 198.

(29) ISAMBERT, T. XVIII, p. 73.

Toutefois, pour limiter l'effet des marchés frauduleux passés avant la publication, la validité des tractations antérieures sera limitée par l'accomplissement obligatoire de formalités de régularisation. Les marchés antérieurs resteront valables, à condition « de les faire contrôler par le premier commis des Finances, dans la huitaine à compter de ladite, et de délivrer ou déposer par acte en bonne et due forme, dans l'espace de trois mois, les effets dont la livraison aurait été promise » faute de quoi ils seront considérés comme n'étant jamais parvenus à l'existence juridique. Ainsi des actes antérieurs à la loi nouvelle demeurent valables, mais sous la condition d'une adaptation aux conditions nouvelles.

C'est une procédure identique que nous allons retrouver chaque fois que l'apparition d'une institution nouvelle nécessite une adaptation des situations anciennes à l'état de droit nouveau.

Une déclaration du 30 juillet 1730 (30) décide que les « billets, promesses ou quittances » sous seing privé seront soumis à la formalité du « Bon pour ». Il y a là création d'une nouvelle formalité par la loi nouvelle et on conçoit aisément qu'on ne puisse exiger des actes antérieurement constitués qu'ils aient observé cette règle qui n'existait pas au moment où ils ont été passés.

La réforme du « Bon pour » ne vaut donc que pour l'avenir. Toutefois, le développement du formalisme est justifié bien souvent par des motifs de sécurité du commerce, suffisamment déterminants pour qu'on souhaite la généralisation très rapide du procédé créé. Il importe alors de liquider le régime antérieur jugé dangereux pour la paix des affaires. C'est ainsi que le texte rapporté prévoyait que les actes instrumentaires sous seing privé qui n'étaient pas conformes à la nouvelle publicité devaient être renouvelées dans l'année, ou au cas de difficulté, entre les contractants devaient avoir fait l'objet d'une demande en renouvellement ou en paiement intentée dans le même délai.

L'Edit de Saint-Germain du 3 mai 1553 (31) et l'Edit de Blois de juin 1581 (32), portant respectivement création d'un greffier des insinuations en chaque baillage et d'un bureau de contrôle des actes extrajudiciaires dans chaque siège de justice royale, à l'origine de l'impôt actuel de l'enregistrement, dispensaient au contraire de la formalité nouvelle les contrats et actes passés avant leur publication : ce qui est conforme à la règle de non-rétroactivité.

(30) ISAMBERT, T. XXI, pp. 334 et suiv.

(31) ISAMBERT, T. XIII, p. 314.

(32) ISAMBERT, T. XIV, p. 493 : « ...et quant à tous contrats, testaments et toutes autres dispositions, transactions, partages et adjudications faites et passées auparavant lesdites publications, ils demeureront en leur force et vertu sans qu'il soit besoin de les faire enregistrer... »

Les auteurs d'un Edit de mars 1673, créateur lui aussi d'un régime de publicité nouvelle, se soucient de hâter en revanche la généralisation de son application. Ce texte tendait à organiser la publicité hypothécaire, prévoyant à l'instar d'une technique encore utilisée de nos jours, que les droits de préférence des créanciers privilégiés antérieurs n'étaient conservés et sauvegardés qu'à condition que les intéressés aient formé opposition et l'aient fait enregistrer dans le délai de six mois à compter du 1^{er} juillet 1673. C'est ce que nous lisons à l'alinéa 72 du texte rapporté : « Néanmoins, ceux dont les contrats ont été nantis ou ensaisinés seront conservés dans leurs préférences, pourvu qu'ils forment leur opposition et qu'ils la fassent enregistrer dans les six mois à commencer du premier jour du mois de juillet de la présente année, autrement, et à défaut de l'avoir fait dans les six mois, ils n'auront préférence que du jour que leurs oppositions auront été enregistrées » (33).

L'exclusion éventuelle de la règle de non-rétroactivité conduit donc à rechercher, dans la solution du conflit transitoire, si la loi nouvelle contient ou ne contient pas sa propre réglementation d'application dans le temps.

Si la loi nouvelle contient des dispositions transitoires spéciales, règles de conflit ou règles substantielles, il faudra s'y conformer. Elles peuvent consister en une clause de rétroactivité de la loi nouvelle, mais également en une clause tendant à différer l'application de la loi nouvelle bien au-delà de ce qu'exigeait la non-rétroactivité.

Ce qu'il faut rechercher à présent, c'est si une application dans le passé de la loi nouvelle n'a pas été concevable en dehors de toute clause de rétroactivité, en raison de la nature particulière de la norme innovatrice.

3° LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS INTERPRÉTATIVES.

16. — Les scrupules qu'ont pu avoir les législateurs d'éviter l'application dans le passé de la loi nouvelle, disparaissent lorsqu'ils procèdent non pas par voie de création d'une norme nouvelle, mais par interprétation d'une disposition ancienne. Une restriction demeure néanmoins qui refuse l'effet de la loi interprétative sur les situations litigieuses définitivement réglées. On trouve ainsi dans la Novelle 19, interprétant la Novelle 12, la déclaration suivante : *...Tertia vero constitutione non adjecimus aliquid de temporibus cum omnibus manifestum sit, oportere ea, quae adjecta sunt per interpretationem in illis valere in quibus interpretatis legibus fit*

(33) ISAMBERT, T. XIV, p. 73 (texte cité p. 82).

locus (34). Cette mention de l'application aux faits passés des lois d'interprétation n'était que le rappel d'une règle de droit transitoire très généralement reçue, ainsi que l'atteste une constitution de l'année 563 (35) : *...quam interpretationem non in futuris, tantum modo casibus, verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab initio cum interpretatione tali promulgata fuisset* (36).

Nous avons même ici une tentative d'explication de la règle fondée sur l'incorporation du droit interprétatif dans le droit interprété.

On retrouve cet effet rétroactif des lois interprétatives admis par les auteurs italiens glossateurs et postglossateurs (37), de même que dans la technique législative suivie par le pouvoir royal en France. Les lois nouvelles promulguées à cette dernière époque et ayant ce caractère prennent la dénomination très justifiée de « déclaration », ce qui semble supposer par le choix du terme, une volonté bien définie du législateur de ne pas créer un droit nouveau (38). Cet état d'esprit est dans la ligne de l'explication traditionnelle de la rétroactivité des lois interprétatives, fondée sur l'idée de l'incorporation au droit interprété des précisions apportées par la loi nouvelle. Mais dans la mesure où le droit ancien avait déjà fait l'objet d'une interprétation judiciaire, l'effet de la loi nouvelle interprétative est limité dans le passé. On peut lire à l'appui de cette solution quelques lignes de la Déclaration d'août 1606 sur l'effet des clauses de renonciation au bénéfice du Sénatus-consulte Velléien (39), où il est bien précisé que le texte nouveau est destiné à « couper court aux procès nays et à naystre en nos Cours de Parlement ou nos autres juridictions sur les choses et matières susdites non encore jugées et terminées ».

L'appel à l'idée de fusion du droit interprété et du droit nouveau qui justifie la rétroactivité de la loi interprétative en dépasse singulièrement la portée primitive lorsqu'elle évoque l'effet donné à certaines lois nouvelles qui, par leur nature, rappellent aux hommes certaines vérités jugées éternelles qu'ils avaient oubliées.

(34) Nov., 19, Praef (*in fine*). « Nous n'ajoutons, il est vrai, au sujet de cette troisième constitution rien qui concerne son régime transitoire, tant il est évident que ce que nous avons ici ajouté est considéré comme l'explication de ces lois qui doivent être interprétées comme ayant été interprétées. »

(35) Novelle, 143, cap. I, *in fine*.

(36) « Nous décidons que cette interprétation vaut non seulement pour les cas futurs, mais également pour les cas passés, comme si notre loi avait été promulguée dès le début avec une telle interprétation. »

(37) Cf. ROUBIER, I, pp. 91 et suiv., n° 17.

(38) Cf. ROUBIER, I, pp. 106 et suiv. n° 19.

(39) ISAMBERT, XV, p. 302.

4° L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC.

17. — Il a été fait appel à la notion d'ordre public pour faire échec au principe de non-rétroactivité d'une part, lorsque la loi nouvelle a rappelé des préceptes de morale ou, si l'on veut, des prescriptions relevant du droit naturel jugées éternelles donc antérieures à la loi ancienne abrogée, d'autre part, lorsque la loi nouvelle révèle un contenu de l'ordre juridique qui ne peut supporter une survivance, même exceptionnelle, du droit ancien. Dans ces deux hypothèses, le législateur aurait pu pourvoir à l'efficacité de sa création par l'insertion d'une clause de rétroactivité. Mais il a oublié ou cru inutile de le faire; l'ordre public intervient alors pour écarter la règle de non-rétroactivité normalement applicable. Des deux cas d'application de la notion d'ordre public, le premier va disparaître au fur et à mesure que la technique transitoire permettra de justifier par la seule analyse temporelle l'application de la loi nouvelle. L'intervention de l'ordre public en raison des incompatibilités résultant des ordres juridiques confrontés subsiste selon nous, car elle tient compte de l'ignorance ou de l'oubli de son rôle par le législateur, toujours maître, sur le plan de la politique transitoire, de conférer à la loi nouvelle l'effet rétroactif si la justice, la sécurité et l'ordre l'exigent (40).

C'est au *Livre des Nombres* (chap. 27, vers. 5 à 12) que l'on trouverait, selon Lassalle (41), une des traces les plus anciennes d'une règle de conflit transitoire. Tsélophcad est mort sans fils et ses biens doivent aller, conformément à la règle, à ses frères. Les filles du défunt se présentent « devant Moïse, devant Eléazar, le prêtre, devant les princes et l'assemblée tout entière », s'indignent de voir le nom de leur père disparaître avec lui et réclament « une propriété parmi les frères » de leur père. Moïse porte la cause devant l'Eternel qui renseigne en ces termes le prophète : « Les filles de Tsélophcad ont raison. Tu leur donneras en héritage une propriété parmi les frères de leur père, et c'est à elle que tu feras passer l'héritage de ce dernier. Tu parleras aussi aux enfants d'Israël et tu leur diras : Lorsqu'un homme mourra sans avoir de fils, vous ferez passer son héritage à sa fille... Ce sera pour les enfants d'Israël une règle de droit, ainsi que l'Eternel l'a commandé à Moïse. »

Ces fragments cités consacrent une règle de droit nouvelle, comme l'indique le temps futur « ce sera une règle de droit », qui s'appliquera à l'avenir à tous les sujets d'Israël. Mais la loi d'une portée générale

(40) Cf. *infra*, chap. III, section II, p. 297.

(41) F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis*, I, pp. 77 et suiv.

et abstraite a une origine d'espèce que l'Eternel, législateur et juge, a entendu régler en premier lieu. Ces prescriptions seront appliquées aux filles de Tsélophcad dont les prétentions ont été formulées avant la révélation de la règle nouvelle, car « les filles de Tsélophcad ont raison ». Il y a ici un phénomène qui semble archaïque mais que nous retrouverons postérieurement : le législateur, qui a déchiré le voile d'obscurantisme et d'erreur qui dissimulait la vérité aux yeux aveuglés des sujets, ne crée pas un droit nouveau, mais révèle une règle éternelle dont les bienfaits doivent s'étendre autant que faire se peut à la période antérieure à la révélation. Le Droit révélé est une raison écrite qui n'a pas eu de commencement et qui n'aura point de fin (42).

68. — Cet abandon de la règle de non-rétroactivité, en considération d'impératifs d'ordre moral, se retrouve chez Cicéron qui, dans le passage des *Verrines* déjà cité, déclare que la loi nouvelle qui réprime un fait particulièrement odieux doit s'appliquer dans le passé.

Les compilations de Justinien avaient révélé sur le terrain de la politique transitoire l'opposition entre les choses divines et les choses humaines, concrétisée par des régimes différents d'application dans le temps. Cet aspect politique fera l'objet, chez les auteurs français et italiens, à partir du Moyen Age, d'une généralisation. On retrouve ici la distinction élaborée par les collaborateurs de Justinien.

Elle apparaît, par la suite, chez Domat, mais cette fois-ci non pas sous la forme d'une opposition entre *res humanae* et *res divinae*, mais entre le droit naturel, produit d'une philosophie fondamentalement rationaliste, et le droit positif des Coutumes et des Ordonnances. Dans une page célèbre de son ouvrage sur les *Lois civiles dans leur ordre naturel* (43), Domat rappelle que la loi naturelle régit l'avenir aussi bien que le passé, car ce n'est que le résultat d'une ignorance coupable si les hommes ont perdu depuis l'âge d'or la connaissance de la raison fondamentale. Les autres lois, les simples lois positives, n'ont d'effet que lorsqu'elles sont connues, et ne règlent que pour l'avenir sans toucher au passé.

C'est chez Merlin, contemporain de la rédaction du Code civil, que nous retrouverons l'expression la plus remarquable de cette opinion : « Une loi ne rétroagit pas réellement lorsqu'en faisant revivre une loi écrite dans le code éternel et imprescriptible de la nature, elle

(42) En ce sens, c'est presque une rétroactivité de loi interprétative qui pousse à l'application dans le passé des dispositions du droit naturel contenues dans la loi nouvelle.

(43) Livre préliminaire, Titre I^{er}, section 1.

efface par sa toute-puissance les actes qui, pendant le sommeil de celle-ci ont porté atteinte aux droits les plus sacrés de l'homme » (44). On constate ainsi que dans la mystique révolutionnaire, le contenu de la loi naturelle s'identifie avec les droits de l'homme. Compte tenu qu'à cette époque la protection des situations antérieures à la loi nouvelle est assurée par l'appel à la notion de droit acquis, on conçoit que les auteurs auront vite fait de confondre le droit acquis et le droit inné, ce qui n'est pas sans paradoxe sous le seul aspect de la signification respective des deux qualificatifs.

L'intervention de la notion d'ordre public est encore justifiée fréquemment de nos jours par nombre d'auteurs des plus éminents (45). Elle a pourtant été très vigoureusement combattue par M. le doyen Roubier. Le principal grief que l'on peut dès à présent lui faire, c'est son extension excessive en regard d'un contenu très difficile qui fait de la notion un outil dangereux à manier pour le technicien du droit. En fait, comme nous espérons pouvoir le démontrer, la notion d'ordre public révèle dans ces excès un processus de solution du conflit beaucoup plus intuitif. Une réflexion critique sur ce concept doit conduire à en restreindre systématiquement et au maximum le champ d'application, et elle doit s'appuyer, selon notre opinion, sur une localisation des rapports de droits.

Cette recherche a été entreprise depuis longtemps déjà.

5° MANIFESTATIONS D'UN EFFORT DE LOCALISATION DES RAPPORTS DE DROIT.

19. — La localisation dans le temps des faits juridiques a été plus ou moins consciemment réalisée, d'une part dans les notions de *causae finitae*, dégagés dès l'époque romaine, d'*actus perfectus*, mis principalement en valeur par les postglossateurs, d'autre part dans le régime transitoire des contrats.

Définir en effet que la loi nouvelle n'aura pas d'effet rétroactif ne suffit pas. Il n'y a pas, en effet, de situations qui n'aient quelque attache avec le passé, et à vouloir le respecter, on risquerait à l'excès de reporter indéfiniment l'application de la loi nouvelle, conséquence dépassant de beaucoup la portée de la règle de non-rétroactivité.

Ce qu'on entend exclure du champ d'application de la loi nouvelle, ce n'est que ce qui appartient indiscutablement et indéfiniment au passé.

(44) MERLIN, *Répertoire*, V° Loi, § 9, n° 2.

(45) Cf. *infra*, chap. III, section II. Cf. not. COLIN, CAPITANT et LA MORAN-DIÈRE, H. et L. MAZEAUD; RIPERT et BOULANGER.

Rien n'est mieux pourvu d'un tel caractère que les faits ayant été l'objet, à l'époque de la loi ancienne, d'un litige définitivement terminé lors de la promulgation de la norme nouvelle.

La notion de *causae finitae*, causes éteintes, pressentie par Cicéron, a trouvé chez Paul et Ulpien sa première expression (46). Les prudents opposent la *causa finita* à la *causa pendens*. Dans la mesure où l'on peut admettre une application de la loi nouvelle pour le passé, par exemple en matière de loi interprétative, cette loi nouvelle ne peut toucher aux *causae finitae*. Par causes éteintes, il faudra entendre non seulement le litige terminé par un jugement, mais également clos par la transaction ou éteint par la prescription. Le droit de chacun est, en effet, définitivement fixé et la loi nouvelle ne peut porter ses effets à l'encontre des conditions qui y ont été mises (47). On ne cherchera pas ailleurs l'origine de la règle qui conduit à l'application au contrat de la loi en vigueur lors de sa formation, puisque les droits des parties ont été fixés à cette date. Il est vrai qu'il faudra compléter cette première explication, car il est des éléments du contrat qui n'ont pas été déterminés au jour de sa formation, qui suivent néanmoins la loi d'origine de la convention (48).

20. — Une constitution de Dioclétien et Maximien de l'année 293 illustre la portée de la notion de *causa finita* jusqu'en matière de politique transitoire : *causae vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitari non oportet* (49). C'est à propos de la transaction que les empereurs dyarques font valoir qu'il ne convient pas de remettre en question le procès déjà jugé ou le litige terminé par la transaction régulière. Une situation juridique, en l'occurrence une instance, a été éteinte par la solution du litige. Elle présente le caractère indiscutable d'un fait passé. Modifier les conditions de cette extinction constituerait pour la loi nouvelle une incursion dans le domaine du passé, qui doit lui rester fermé dans la mesure où le législateur n'en a pas décidé autrement (50).

(46) D.L., 16, De verb. signif., 229, 230 et D. XXXVIII, 17 ad Sen. C. Tert. et Orf., 1, 12.

(47) Au contraire, la situation judiciaire pendante, c'est-à-dire qui n'a pas été close suivant les procédés ci-dessus rappelés lors de la promulgation de la loi nouvelle, va se trouver soumise à cette loi nouvelle.

(48) Cf. *infra*, chap. II, section II, p. 208.

(49) C. Just., II, 4, De transact., 16 : « Il n'est pas souhaitable de faire revivre par rescrit impérial les causes ou litiges terminés par des transactions régulières et justes. »

(50) Une constitution d'Anastase de l'an 508 justifie les mêmes observations (C. Just., IV, 29 ad SC. Vell., 21). Sont exclus des effets de la décision nouvelle non seulement les situations éteintes par transaction ou jugement définitif, mais

Il va de soi que la distinction entre *causae pendentes* et *causae finitae* est représentative d'un effort de localisation très embryonnaire. En effet, il n'est pas nécessaire qu'un fait ait été l'objet d'une instance en justice pour que sa localisation dans le passé n'en soit pas moins certaine, encore que juridiquement peut-être moins évidente. Un tel fait ne peut se voir appliquer la loi nouvelle sans rétroactivité. Une localisation, plus poussée, permet de rencontrer en effet des situations juridiques qui, sans avoir fait l'objet d'une solution judiciaire, n'en ont pas moins leur contenu localisé à l'époque de la loi ancienne. La notion de *causae finitae* demeure néanmoins utilisée de nos jours : les litiges terminés restent, sauf prescription formelle contraire, hors de l'atteinte des lois rétroactives.

21. — Une autre tentative de localisation dans le temps peut être relevée dans la détermination du moment où une situation est créée. C'est à propos des situations à création successive qu'un effort de localisation a été rendu rapidement nécessaire pour rendre compte de la loi applicable dans le temps. Il s'agit ici d'apprécier la validité du testament fait sous l'empire d'une loi abrogée, l'ouverture de la succession se situant après la promulgation d'une loi nouvelle. Nonobstant le moment où est jugée la régularité de la disposition de dernière volonté, la loi applicable est la loi contemporaine de la manifestation de volonté, quand bien même le testateur décédé bien après l'apparition de la loi nouvelle aurait eu le temps de rectifier son œuvre.

C'est la solution que donnait la Novelle 66 (51). Elle est reprise et développée par Balde. Elle sera pourtant méconnue par une ordonnance d'août 1735 sur les testaments (52).

La réforme porte notamment sur les conditions d'authenticité des dispositions à cause de mort, plus rigoureuses que par le passé. Du point de vue transitoire, elle précise que les conditions de validité du testament seront appréciées selon la loi en vigueur lors du décès, sauf à ménager une période de transition durant laquelle les dispo-

également tout mode d'extinction concevable pourvu qu'il soit conforme aux lois. Cf. également deux autres textes de l'époque de Justinien : Novelle, 115, *in fine*; C. IV, De fide instrum., 17. Cf. également Lex Wisigotorum (Code de Resceswind), 11, 1, 11 et 12, al. 3.

(51) C. 1, 4. Cf. également C. Just., IV, 23, De Test., 29 *in fine*. Cf. également solution identique mais dans le domaine inhabituel de l'état et de la capacité, C. Just., VII, 6, De Lat. lib. c. un., 13, Sur les conséquences successorales de l'abolition de la latinité junienne. Cf. ROUBIER, I, p. 72 : la réforme ne doit pas entraîner des conséquences qui, si elles avaient été connues des maîtres, les auraient peut-être enclins à ne pas affranchir les esclaves.

(52) ISAMBERT, XXI, p. 386.

sants, si Dieu leur prête vie, auront la possibilité d'adapter leur œuvre passée à la loi du jour (53).

Affolter signale chez Felinus une explication ingénieuse du régime transitoire du testament, fondée sur une distinction entre les faits passés (*facta praeterita*) et l'acte commencé dans le passé et continué actuellement (*actus praeteritus non dum finitus*). Felinus en est ainsi amené à proposer que la loi nouvelle n'ait pas effet sur les conséquences actuelles d'un fait passé. S'il y a, entre celles-ci et leur origine, un lien de dépendance tel que le droit nouveau les atteint, la qualification des faits passés serait remise en question, ce qui n'est pas conforme au principe de non-rétroactivité; si cette indivisibilité n'existe pas, la loi nouvelle s'applique aux manifestations actuelles de la situation imparfaite. Ce qui ne saurait donc être remis en question, c'est la création « parfaite d'une situation juridique déterminée » (54).

22. — Le premier de nos textes se rapporte aux mariages. Par l'Edit enregistré au Parlement le 1^{er} mars 1556 (55), on entend mettre fin à la pratique des mariages clandestins. Nul ne pourra désormais contracter mariage dans le cas de « minorité matrimoniale sans courir le risque de se voir exhéder. Dans son sixième alinéa, l'Edit prévoit que « néanmoins, pour ne pas perturber les mariages qui sont en repos et ne donner occasion à nos sujets d'entrer en grandes et grosses querelles et differens, n'entendons en ce comprendre les mariages qui auraient été consommés auparavant la publication de ces présentes par cohabitation charnelle, ains seulement les mariages esquels on prétendoit seul consentement, soit par paroles de présent ou de futur, sans qu'il y eust ou cohabitation ou conjonction charnelle » (56).

La réforme porte sur les conditions de création du lien matrimonial. Elle n'entend pas avoir effet sur les unions déjà créées, conformément à l'ancien état du droit, ce qui serait agir sur un fait passé. Et le législateur prend soin de justifier sa solution en mettant en avant une idée de paix sociale sur laquelle il est à peine besoin d'insister tant nous aurons l'occasion de revenir là-dessus.

A partir du XVIII^e siècle, les matières traditionnelles vont faire l'objet de modifications législatives qui donneront lieu à des dispo-

(53) « Et à l'égard des testaments, codiciles ou autres actes de dernière volonté dont la date n'aura point été ou ne sera point devenue authentique... avant la publication de la présente ordonnance : voulons qu'elle soit observée en son entier dans le jugement des contestations qui pourront naître au sujet desdits actes, si ce n'est que le testateur fut décédé avant la publication des présentes, ou dans l'année qui suivra immédiatement ladite publication, auquel cas lesdites contestations seront jugées ainsi qu'elles auroient pu et dû l'être avant la présente ordonnance. »

(54) Cité par ROUBIER, I, pp. 95 et suiv., n° 17.

(55) ISAMBERT, XIII, p. 469.

(56) Le fait localisant le mariage étant alors la consommation.

sitions transitoires empreintes d'une technique qui dénote une localisation indiscutable des situations juridiques.

L'Edit d'août 1729 (57) concerne les successions des mères au décès de leurs enfants. Son objet est d'annuler l'Edit de mai 1567, dit Edit de Saint-Maur, qui apportait des restrictions notables aux droits des mères à la succession de leurs enfants, et de restaurer le régime antérieur inspiré du droit de Justinien. Dans son paragraphe 3, il précise le champ d'application dans le temps, après avoir, dans un alinéa précédent, et mû par un souci de clarté parfaitement louable, déterminé l'application du régime nouveau dans l'espace.

« Dans tous les pays de notre royaume où l'Edit de Saint-Maur a été observé en tout ou en partie, les successions ouvertes avant la publication de notre présent édit, soit qu'il y ait des contestations formées pour raison d'icelles, ou qu'il n'y en ait point, seront déférées, partagées et réglées, ainsi qu'elles l'étoient auparavant et suivant les dispositions de l'Edit de Saint-Maur et la jurisprudence établie de nos jours, sur l'exécution de cet édit. »

Ce texte est à de nombreux égards intéressant en ce qui concerne l'étude de la politique législative transitoire.

Il reprend implicitement cette distinction entre la création d'une situation et cette situation. Il localise le fait créateur d'une certaine situation et entend lui soumettre la loi qui lui est contemporaine.

Il prend soin de préciser qu'en regard du régime normal d'application des lois dans le temps, il est indifférent de savoir si la situation soumise à l'examen de l'interprète a fait l'objet d'une décision judiciaire définitive. La notion de *causae finitae* n'est, en effet, retenue tout d'abord qu'en matière de lois interprétatives, ou la rétroactivité ne porte que sur le fond et s'arrête là où l'interprétation a déjà joué. En second lieu, la notion de *causae finitae* peut être utilisée en tant qu'elle est révélatrice d'une situation juridique qu'elle permet de localiser le plus aisément possible dans le temps. Ce qui explique que dans le texte précité il est fait mention en premier lieu d'une succession objet d'une *causa finita*. Le texte précité permet enfin de constater que l'état ancien du droit qui va se trouver régir certains faits dont les effets s'apprécient lors de l'époque de la loi nouvelle, s'entend non seulement des lois formelles, mais également de l'interprétation jurisprudentielle qui fait corps avec celle-ci.

Cette dernière observation permet de poser la question de la possibilité ou l'impossibilité d'un conflit dans le temps de jurisprudence et de coutumes (58).

(57) ISAMBERT, XVI, p. 325.

(58) Cf. *infra*, chap. II, sect. I, p. 122.

Une ordonnance de février 1731 (59), issue de l'inspiration de D'Aguesseau, illustre la même solution et fait oublier l'analyse incorrecte sur le plan de la technique proposée par l'Edit de 1729. Il s'agit de la très célèbre ordonnance réorganisant le régime juridique des donations.

Elle précise dans son paragraphe 47 la règle de conflit. « Abrogeons toutes ordonnances, lois, coutumes, statuts et usages différents, ou qui seroient contraires aux dispositions y contenues, sans néanmoins que les donations faites avant ladite publication puissent être attaquées sous prétexte qu'elles ne seroient pas conformes aux règles par nous prescrites, notre intention étant qu'elles soient exécutées ainsi qu'elles auroient pu et dû l'être auparavant et que les contestations nées et à naître sur leur exécution soient décidées suivant les lois et la jurisprudence qui ont lieu jusqu'à présent dans nos cours à cet égard. » Les conditions de validité des libéralités ne sauraient être appréciées autrement qu'en conformité avec la loi contemporaine de la création de cette situation juridique. Quant au contenu du rapport né de la disposition à titre gratuit, le législateur transitoire entend qu'il soit soumis à la loi en vigueur lors de sa naissance.

Il y a là reprise, en particulier dans cette hypothèse, la règle de conflit prévue pour les contrats en général, aux termes de laquelle la loi applicable aux effets du contrat demeure la loi en vigueur lors de sa formation.

Le régime appliqué par le paragraphe 47 s'induit de la classification de la donation dans la catégorie contrat, qualification qui donne la mesure et les limites du droit transitoire des libéralités.

23. — En effet, il est admis très rapidement qu'un contrat reste soumis à sa loi d'origine (60).

Cela résulte notamment, *a contrario*, du soin mis par Constantin dans une constitution demeurée célèbre, à promouvoir avec un maximum d'efficacité sa rigoureuse réforme du pacte commissaire (61) : *in posterum omnem ejus memoriam aboleri* (62).

(59) A bien des égards, la lecture de ce texte est édifiante, d'abord par son style, mais également du point de vue de l'histoire générale de la codification, par l'allusion à une unification du droit qui ne sera réalisée qu'à la faveur d'une révolution, quelque soixante-douze ans plus tard. ISAMBERT, T. XXI, p. 354.

(60) De tout temps, mais probablement pas en tout lieu. Cf. cité par LASALLE, pp. 75 et suiv., un fragment du *Ta Tsing Leu Lee* (traduction STAUNTON), codification chinoise réalisée sous la dynastie mandchoue au XVII^e siècle qui prescrit l'application de la loi nouvelle aux conventions antérieurement formées. Sur le terrain de la politique transitoire spéciale, les exemples abondent d'ailleurs d'application expresse aux contrats en cours des lois nouvelles.

(61) Cf. MALHER de CHASSAT, I, p. 148; SAVIGNY, VIII, § 390, note 1, p. 415.

(62) « Faire disparaître à l'avenir jusqu'à sa mémoire. »

On pourrait concevoir que la condamnation portée par Constantin pourrait s'appliquer à trois stades différents. Un premier degré consiste à estimer que les contrats antérieurement conclus seront privés d'effet et que les gages appropriés par les créanciers reprendront leur destination première de garantie. Rien évidemment dans les termes de la constitution ne permet d'amener à cette solution. Un second degré pourrait nous conduire à penser que les contrats en cours seront atteints par la loi nouvelle, en ce sens que les *leges commissoriae* qui peuvent y être incluses seront privées d'effet. L'action de la loi nouvelle sur le passé consisterait ici à attacher à un fait volontaire la conclusion du pacte régulièrement créé par les parties, une conséquence non prévue par celles-ci, en l'hypothèse l'absence d'effet par la sanction de nullité ignorée par les parties. Un troisième degré conduirait à penser que la condamnation des pactes antérieurs n'a qu'une valeur purement morale, « emphatique », écrit Lassalle (63), et ne vaudrait à titre d'effet juridique que pour les contrats à venir, en l'absence de toute disposition expresse, alors que la première proposition de la même règle excluait l'application de la loi nouvelle aux faits passés. Mais, par ailleurs, nous constatons que lorsqu'il s'agit d'appliquer des prescriptions nouvelles en ce qui concerne un effet du contrat de gage, le législateur prend soin de préciser que la loi aura effet sur les conventions antérieurement conclues.

C'est également par une disposition expresse que Justinien décide, à propos des prêts usuraires, que les intérêts primitivement prévus aux contrats, déclarés depuis usuraires par la loi nouvelle, feront l'objet d'une réduction pour la période postérieure à la promulgation.

Le Droit romain, au cours de son histoire, avait vu le taux de l'intérêt progressivement réglementé et limité (64).

Le taux légal de l'intérêt à l'origine était considérable puisque les travaux des romanistes le chiffrent à quelques 8,33 % par mois, ce qui représentait pour un prêt d'un an la restitution du double du capital reçu (65). Sous la pression de la plèbe, le taux de l'intérêt fut limité à 12 % par an (66).

(63) *Op. cit.*, I, p. 323. On sait que Lassalle, après avoir émis cette hypothèse d'une valeur de pure condamnation morale des pratiques antérieures, penche néanmoins pour la signification de l'application aux contrats en cours de la réforme constantinienne.

(64) Cf. MONIER, II, p. 92, n^{os} 113 et 114; APPLETON, *Contribution à l'histoire de l'intérêt de Rome* (N.R.H., 1919, p. 467) ; CASSIMATIS, *Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin*, Thèse Paris, 1931. (Sur l'aspect transitoire de la question de l'intérêt à Rome, cf. ROUBIER, I, pp. 77 et suiv. et la bibliographie citée.)

(65) Cf. MONIER, *op. cit.*, eod. loc., n^o 92, p. 114, id. Cuq, *Manuel*, p. 428 ; contra : GIFFARD, *Précis*, II, p. 35, n^o 2.

(66) Cf. cit. par MONIER, eod. loc., *op. cit.* CICÉRON, *ad. Att.*, I, 12 ; V, 21.

Ce taux de 12 % fut abaissé par Justinien à 6 % par une constitution de l'année 528 (67). Le problème se pose de l'application de la réforme. Il ne faisait pas de doute que la limitation nouvelle s'appliquerait aux prêts contractés depuis sa promulgation, de même que la loi ancienne était réputée avoir valablement régi les situations contractuelles éteintes avant sa disparition. Ce que l'on pourrait se demander, c'est quel serait le sort, au moment de la loi nouvelle, des conventions de prêt conclues à l'époque de la loi ancienne qui admettait le taux de 12 %.

La constitution ne comportait pas primitivement de solution à cette question transitoire et il appartenait à l'interprétation d'en dégager une. La pratique inclinera à appliquer la limitation du taux de l'intérêt à 6 % aux seuls contrats conclus postérieurement à la constitution nouvelle.

Justinien jugea l'interprétation mauvaise (68) et décida que les contrats en cours d'exécution seraient soumis distributivement aux deux lois successives : pour la période antérieure à l'entrée de la loi nouvelle, les intérêts dûs étaient ceux prévus au contrat conformément à l'ancien état de droit, pour la période postérieure, le taux de l'intérêt serait réduit au chiffre prévu par la loi nouvelle (69).

Ainsi, bien que le principe d'application de la loi d'origine au contrat n'ait pas fait l'objet d'une formulation positive, le soin apporté dans certaines législations spéciales à promouvoir l'application de la loi nouvelle à l'encontre des conventions antérieures en est la preuve la plus certaine. Replacé dans la détermination plus ou moins intuitive des cas de rétroactivité, le régime transitoire du contrat n'a pas dans cette partie de l'histoire du droit transitoire l'importance qu'il justifie, en tant que véritable nœud du conflit. Ce qui a fait l'objet de l'essentiel des développements demeure, à l'orée de la période contemporaine, le principe de non-rétroactivité sauf clause contraire, la règle de rétroactivité des lois interprétatives, l'intervention de l'ordre public pour justifier l'application intégrale du droit nouveau. L'insuffisance de la notion de rétroactivité en tant que règle de conflit de lois dans le temps a conduit à tenter de réduire la difficulté par une recherche des localisations dans la durée des rapports de droit. Sauf peut-être chez certains postglossateurs, elles n'ont pas abouti à un véritable système dont elle aurait été à la fois la méthode et le fondement. La portée véritable du principe de non-rétroactivité et l'approfondissement du contenu de sa notion va conduire à l'élaboration d'une règle

(67) C. IV, 32, 26, 2.

(68) C. Just., 32, 26, 2.

(69) Cf. BERGER, *op. cit.*, p. 24.

de conflit, replacée dans un système général de conflit, ébauché parfois en législation, réalisé souvent avec bonheur par les auteurs tentés par le problème.

SECTION II

L'ÉVOLUTION DES DOCTRINES DU CONFLIT TRANSITOIRE AU COURS DE LA PÉRIODE CONTEMPORAINE

24. — Fidèle au programme que nous nous étions tracé, nous rechercherons le sens de l'évolution des idées relativement au conflit transitoire dans les constructions législatives et dans les travaux doctrinaux.

Dès que nous aurons fourni quelques indications concernant ces données positives du conflit qui constituent souvent de véritables systèmes et qui sont en tous les cas le point de départ de la réflexion scientifique, nous essayerons, dans les deux paragraphes suivants, de décrire le double courant caractéristique de notre matière qui oppose les systèmes de conflit faisant appel à la notion de droit acquis. à ceux qui se livrent à une analyse tenant compte du facteur temps (70 et 71).

§ I. — DONNEES POSITIVES DU CONFLIT.

25. — Une des premières codifications du type contemporain dont l'étude sera utile à la connaissance de la règle générale de conflit se trouve au Landrecht de Prusse (72) qui contient, selon l'expression de M. Roubier (73), un véritable système de conflit de lois dans le temps.

Des règles de portée très générale sont prévues dans deux paragraphes de l'Introduction au Landrecht.

Au § 14, nous lisons que les lois nouvelles ne peuvent s'appliquer aux faits et actes antérieurs. Nous trouvons là, à notre sens, le principe de base de l'ensemble du droit transitoire. Selon Savigny, le projet contenait une proposition supplémentaire portant réserve du pouvoir

(70) PACE propose ici une division entre théories subjectives, théories éclectiques et sa propre théorie objective.

(71) Pour un intéressant jugement d'ensemble sur les doctrines en droit transitoire, *Droit civil* de BEUDANT, T. I^{er}, éd. 1934, pp. 212 et suiv., par Mme BÉQUIGNON-LAGARDE.

(72) 1^{er} juin 1794.

(73) T. I^{er}, pp. 124 et suiv.

du législateur (74) d'écarter la règle de conflit, ce qui la situait avec précision dans la hiérarchie des normes de droit. La disparition de cette réserve se justifie par son inutilité dans un Code civil où les lois se situent toutes dans un plan déterminé, laissant toujours la possibilité au législateur d'en modifier la portée et le contenu.

Le paragraphe 15 prévoit l'application des lois interprétatives aux instances en cours.

C'est au paragraphe 11 de la Patente de promulgation, texte distinct du Code proprement dit, que nous retrouvons la règle suivant laquelle la forme et les effets des contrats sont régis par la loi en vigueur lors de leur formation. Cette disposition du droit transitoire dont nous aurons l'occasion d'approfondir l'étude ultérieurement et qui apparaîtrait, à tort selon nous, comme l'exception générale apportée à l'effet immédiat des lois, se trouve partiellement battue en brèche au Landrecht prussien par une disposition figurant cette fois au § 17 de l'introduction. Il y est dit que les actes antérieurs à la loi nouvelle, atteints d'un vice de forme en vertu de l'ancien état de droit, seront validés par l'effet de la loi nouvelle s'ils en respectent les prescriptions de forme au moment où le litige est engagé. Il y a ici une application de la théorie, bien connue du droit transitoire, de la convalescence des actes juridiques. Cette théorie, inspirée par des préoccupations étrangères aux formes de pensée habituelles du droit transitoire, conduit à écarter la règle de conflit qui aurait déclaré la loi ancienne applicable au profit de la loi nouvelle (75 bis).

C'est au contraire une application très orthodoxe de la règle de conflit que nous rencontrons au § 13 de la Patente de promulgation aux termes duquel la loi compétente à la dévolution successorale est la loi en vigueur lors de l'ouverture de la succession. C'est une restriction parallèle, mais de sens contraire à celle rencontrée en matière de contrats, que révèle le § 12 de la même Patente qui soumet les effets du testament comme leurs conditions de formation aux lois en vigueur au moment de sa création (75).

26. — Ce sont des textes constitutionnels que nous voyons, sensiblement à la même époque, contenir des dispositions intéressant le droit transitoire. Les constitutions des Etats-Unis d'Amérique révèlent la faveur de l'opinion publique pour la proclamation des règles du droit transitoire et son insertion dans le cadre constitutionnel, par réaction,

(74) SAVIGNY, VIII, p. 393.

(75) M. ROUBIER, *op. cit.*, *eod. loc.*, rappelle d'ailleurs que l'interprétation jurisprudentielle a, conformément aux solutions habituelles en la matière, limité cette disposition aux seules conditions de validité du testament.

(75 bis) Cf. pour une application récente l'article 1841 C. civ. modifié par l'Ord. du 19 déc. 1958 valident les sociétés entre époux antérieures. J. HEMARD, *chr. au D.*, 1959, I, p. 27 (surtout p. 30).

selon M. Roubier, contre la procédure rétroactive des « bills of attainders » (76). La constitution fédérale de 1787 reproduit ces dispositions, mais la prohibition de la rétroactivité ne vise que les législateurs locaux à l'exclusion du législateur fédéral.

Déjà la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 prévoyait en son article 8 que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». Ainsi était posé sur le plan législatif le principe de non-rétroactivité des lois pénales qui demeure un des piliers des démocraties libérales (77).

La déclaration placée en tête de la constitution du 24 juin 1793 portait une disposition transitoire de teneur identique, mais toujours limitée aux lois répressives (78).

C'est dans la Déclaration des droits accompagnant la constitution du 5 fructidor, an III qu'on peut enfin trouver une règle générale de conflit, d'autorité constitutionnelle, puisque nous lisons, à son article 14 qu'« aucune loi, ni criminelle ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif ».

27. — Les auteurs du Code civil, comme le relève M. Roubier (79), bénéficiaient de l'expérience tirée des désordres consécutifs à l'élaboration de quelques textes transitoires spéciaux particulièrement malheureux.

La concision de la formulation par le Code civil de la règle du conflit de lois dans le temps a été appréciée à maintes reprises (80). « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif. »

Une première observation s'impose qui découle de la brièveté même de la formule et qui est conforme à l'attitude adoptée par les rédacteurs du Code. L'article 2 pose une règle, détachée de toute intention doctrinale, bien que la clef de son interprétation ait souvent été cherchée dans la doctrine des droits acquis.

L'article 2 du Code civil était complété dans le projet primitif par un alinéa qui rappelait l'action sur le passé des lois interprétatives (81). « Néanmoins, la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée. »

(76) Cf. ROUBIER, I, pp. 132 et suiv. et les divers textes cités.

(77) Cf. ROUBIER, I, p. 134.

(78) ROUBIER, *ead. loc.*, *op. cit.*

(79) ROUBIER, *op. cit.*, I, p. 204. Sur les dispositions transitoires spéciales du droit intermédiaire, cf. du même auteur, *op. cit.*, pp. 135 à 203, n^{os} 23 à 27.

(80) Cf. ROUBIER, I, pp. 205 et suiv., qui citent quelques critiques des contemporains.

(81) Cf. PV., CE., T. I^{er}, pp. 12 et 13 et p. 35 et les discussions fort brèves qui ont accompagné au Conseil d'Etat l'adoption de l'article 2.

Portalis rappelle, lors de la délibération de l'article 2 devant le Conseil d'Etat que, si l'alinéa premier du projet n'a pas soulevé d'observations de la part des juridictions consultées, il n'en est pas de même pour le second alinéa. L'opinion commune semble avoir estimé que le principe d'application dans le passé des lois interprétatives, tout en étant indiscuté, gagnerait à ne pas être inséré dans une formule dont la précision risquerait d'en déformer la portée ou dont, au contraire, l'imprécision serait sans utilité pour l'interprète.

M. Roubier a dressé, après Affolter, un tableau très complet des dispositions transitoires générales qui ont suivi l'extension de l'application du Code Napoléon dans les pays d'outre-Rhin, puis qui ont marqué le retour en force du régime juridique antérieur à l'occupation française (82). Comme le fait remarquer l'éminent auteur des *Conflits de lois dans le temps*, ces textes quantitativement remarquables sont peu intéressants pour l'étude du droit transitoire, passant de l'admiration la plus dévote des institutions françaises (83) à la haine du droit imposé par l'envahisseur. C'est dire que le défaut d'acclimatation du droit « a fait brusquer les transitions législatives » (84).

Le même auteur a toutefois mis l'accent sur quelques dispositions intéressantes contenues dans quelques lois transitoires allemandes de cette époque. La non-rétroactivité d'après ces textes est obtenue par le respect des droits acquis. En ce qui concerne la validité des droits créés sous l'empire de la loi ancienne, les rédacteurs reconnaissent très généralement la compétence de la loi ancienne, sauf à tenir compte éventuellement de l'application de la loi nouvelle plus favorable aux conditions de validité. Il y a là une illustration de la théorie de la convalescence des actes juridiques, déjà rencontrée à propos du Landrecht de Prusse de 1794 (85).

Pour les effets des actes créés valablement sous l'empire de la loi française, les ordonnances de rétablissement du droit traditionnel se partagent entre la soumission à la loi de formation et l'application de la loi nouvelle.

Un texte promulgué à la même époque apporte plus de sérénité à l'examen du problème du conflit (86). Ce document révèle l'adoption

(82) Cf. ROUBIER, pp. 228 et suiv.; AFFOLTER, pp. 328 et suiv. et surtout pp. 360 et suiv.

(83) ROUBIER, I, p. 233.

(84) ROUBIER, pp. 235 et suiv. et les textes cités.

(85) Cf. *supra*, p. 41.

(86) Et pour cause, s'agissant seulement de l'application du droit du Wurtemberg à des territoires nouvellement annexés à ce royaume. Sur ce texte, on se reportera avec fruit à ROUBIER, I, pp. 239 et suiv., note 1 et surtout AFFOLTER, pp. 378 et suiv., et GABBA, I, pp. 93 et suiv.

par son auteur de la doctrine des droits acquis avec laquelle il doit être confronté pour être bien compris. Il pose comme principe la survivance de la loi ancienne, apte à régir les effets en cours des situations créées sous l'empire de la loi nouvelle. L'ordonnance contient un intéressant appel à la localisation dans le temps pour déterminer la loi applicable. C'est ainsi que nul ne peut être admis à prétendre à bénéficier d'avantages prévus par la loi ancienne et dont il n'avait pas cherché à tirer profit avant la promulgation de la loi nouvelle. L'ordonnance du 12 septembre 1814 observe également qu'en principe les droits attribués à certains en vertu de la loi et qui n'existent en leur faveur qu'à titre de possibilité, ne justifie pas d'une localisation entraînant un rattachement éventuel à la loi disparue.

Le texte contient également, en application de ce qui précède, une règle de conflit en matière de contrat prévoyant la compétence de la loi d'origine, malheureusement entachée d'une restriction assez imprécise et assez peu logique en ce qui concerne l'application aux contrats en cours des lois impératives ou prohibitives.

29. — Diverses dispositions transitoires générales antérieures au renouveau des cotifications des débuts du ^{xx}^e siècle, contiennent souvent des solutions intéressantes pour l'étude même sommaire de l'historique de notre matière (87).

La loi d'introduction du Code civil italien contient un article 2 qui reprend les mêmes termes que ceux du Code Napoléon.

Le sentiment très général qui se dégage de ces textes est la reconnaissance du principe de non-rétroactivité dont le respect est obtenu par une conception doctrinale reposant sur l'idée de survie des lois anciennes (88).

Le Code civil saxon de 1863 contient également dans l'article 2 de la loi d'introduction, la reconnaissance du principe de non-rétroactivité, mais formulé sous l'aspect doctrinal d'une application de la théorie des droits acquis. Il admet toutefois la rétroactivité prévue expressément par le législateur, et même déduite par l'interprète du but poursuivi par le législateur. Ceci mérite d'être signalé, car l'éventualité d'une rétroactivité tacite n'est généralement pas prévue dans les règles positives du droit transitoire (89).

(87) Sur ce point, cf. l'exposé synthétique mais complet de M. ROUBIER, I, pp. 240 et suiv.

(88) ROUBIER, p. 242.

(89) ROUBIER, p. 246.

Le même texte contient un paragraphe qui nous a semblé remarquable comme tentera de le justifier la suite de nos développements (90). Il s'agit à propos des droits réels de la distinction entre la création ou extinction d'un droit soumis à la loi de survenance, et le contenu même du droit atteint par la loi nouvelle dès sa promulgation (91).

30. — La loi d'introduction au Code civil allemand est remarquable en ce que le Code de 1900 s'inscrit dans la série des codifications réorganisatrices du droit et non dans celle des codifications révolutionnaires. Le Code Napoléon, tout en se rattachant à ce dernier type comme héritier du droit intermédiaire, participait néanmoins à la première dans la mesure où il réalisait une aspiration à l'unité du droit dont l'origine remonte à une période où venait d'être à peine réalisée l'unité politique du pays (92).

Le Code civil allemand aura le double caractère d'un modernisme dans le caractère scientifique de l'œuvre, d'un traditionalisme dans le respect de l'état de droit antérieur. On aurait pu penser que les deux caractères se retrouveraient dans la loi d'Introduction qui nous intéressera ici dans son contenu transitoire général. Cela n'est que partiellement vérifié. Si les dispositions transitoires générales de la loi d'introduction révèlent un souci constant de ménager les transitions, en revanche il est frappant de voir les auteurs du Code civil allemand se refuser à proposer un système général de conflit. C'est de la réglementation de détail faite à propos de chaque partie du Code dans la loi d'introduction qu'il faudra induire la règle générale de conflit transitoire pensée par les rédacteurs du Code civil allemand de 1900. Cette carence s'explique si on se reporte aux discussions des auteurs du Code civil français relatives aux parties générales, et des participants au colloque de codification du droit international privé (93). On retrouve les mêmes scrupules des auteurs se refusant à formuler une règle générale abstraite dont ils ont certes l'intuition, mais à propos d'une branche de droit qui n'a pas atteint sa maturité (94).

Il semble tout d'abord, comme l'a fait remarquer M. Roubier, qu'à la lumière des travaux préparatoires, il faille considérer la règle

(90) ROUBIER, p. 246.

(91) Cf. *infra*, chap. II, p. 206.

(92) Cf. *supra*, ordonnance de 1731, précitée, 37. Cf. *id.*, OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français*, n° 300, p. 387; n° 321, p. 425; n° 317, p. 420.

(93) Cf. LOUIS-LUCAS, « Rev. crit. », D.I.P., 1956, 391; LOUSSOUARN, *Rev. trim. dr. comm.*, 1955, 800.

(94) Cf. ROUBIER, p. 250 et notamment la note 1.

de conflit avant tout comme une règle d'interprétation de la volonté du législateur, qui est censé avoir prévu l'effet de la loi dans le temps. A défaut d'intention même implicite déterminée chez l'auteur de la loi, l'interprétation commande de considérer que les auteurs de la loi ont entendu statuer pour l'avenir. Ils ne veulent faire agir la loi sur le passé que pour des raisons suffisamment sérieuses et explicites, en raison du trouble apporté à la sécurité juridique (95).

Le sentiment général ressenti à la lecture des dispositions transitoires de l'E.G. est celui d'un souci manifeste du codificateur de respecter les situations antérieures, non seulement dans leurs effets antérieurs, mais également dans leurs manifestations actuelles. Cette application de principe de la loi ancienne aux situations en cours est représentative de la théorie de la survie de la loi ancienne. Elle tend à voir toujours appliquer, sauf exceptions, la loi ancienne aux situations qui sont nées sous son empire, même en ce qui concerne leurs effets présents. Cette théorie de la survie qui est avant tout une attitude de politique transitoire se doit, sur le plan de la technique juridique, de préciser les critères d'application de principe ou d'exclusion exceptionnelle de la loi ancienne. La théorie des droits acquis, partie également d'un point de vue assez éloigné du technique, servira notamment, comme nous le verrons, à préciser les critères d'exclusion de la loi ancienne.

Toutefois, le codificateur allemand se défendant sur ce point de faire œuvre doctrinale et conscient sans doute des critiques déjà portées contre la théorie des droits acquis a renoncé à préciser les applications du principe de survie à l'aide de cette théorie (96).

Les dispositions intéressant le droit transitoire figurent dans la section IV de la loi d'introduction au B.G.B. du 18 août 1896 (97). En principe destinées à régler les rapports du Code civil avec le droit antérieur, les solutions apportées par la loi d'introduction ont une portée beaucoup plus générale, surtout lorsqu'on connaît l'influence

(95) Le Reichsgericht (R.G.Z., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil Sachen) a su dégager le système général de conflit élaboré à la loi d'introduction du B.G. « Les rapports juridiques fondés sur des faits antérieurs au 1^{er} janvier 1900 sont, à moins de dispositions contraires, régis quant à leurs éléments constitutifs, leur contenu et leurs effets, par la loi sous laquelle ils sont nés; dans le doute, la rétroactivité n'a pas lieu » (54, p. 154).

(96) Solution sage que n'avaient pas toujours adoptée les codifications germaniques du xix^e siècle.

(97) Sur la loi d'introduction, on utilisera la traduction française du B.G.B. par SÉE, T. IV, pp. 185 et suiv. Parmi les commentateurs allemands de la loi d'introduction, on cite HABICHT, *Die Einwirkung des bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entsandene Rechtsverhältnisse*; STANDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, et cités par ROUBIER, p. 249, note 1 : NIEDNER, *Das Einführungsgesetz*; SCHERER, *Einführungsgesetz zum B.G.B.*

qu'elle a eu sur le développement de la doctrine du droit transitoire en Allemagne, notamment chez Affolter (98).

M. Roubier a résumé les solutions diverses données par la loi d'introduction dans trois formules qui rendent parfaitement compte de son contenu (99).

L'effet de la loi nouvelle sur des faits passés antérieurement à son entrée en vigueur est rigoureusement exclu.

L'application de la loi ancienne aux effets présents de situations nées sous son empire semble être la règle (Règle de Survie), toutefois assortie de nombreuses exceptions.

Ces exceptions conduisent dans un certain nombre de cas à l'application de la loi nouvelle aux situations nées antérieurement à son entrée en vigueur.

Une des matières où le principe de survie est appliqué avec le plus d'originalité se trouve aux articles 200 et suivants, où nous voyons la loi ancienne demeurée applicable à des situations juridiques nées sous l'empire de la loi antérieure.

L'article 200 prévoit qu'« au régime des biens d'un mariage existant à l'époque de l'entrée en vigueur du Code civil, les lois antérieures restent applicables », et l'article 202 que « les lois antérieures restent applicables aux effets d'une séparation de corps permanente ou temporaire, prononcée avant l'entrée en vigueur du Code civil ». De même, l'article 213 stipule que « les lois antérieures restent applicables aux rapports héréditaires lorsque le défunt est décédé avant l'entrée en vigueur du Code civil. Il en est ainsi notamment des dispositions sur la procédure de partage de la succession ».

Le régime de survie considéré comme la règle d'après les commentateurs de l'E.G. est toutefois, avons-nous dit, tempéré par des exceptions qui tendent à l'application de la loi nouvelle aux effets présents des situations antérieurement constituées sous l'empire de la loi ancienne. Les rédacteurs ont toutefois ici rencontré quelques difficultés en raison de leur volonté déterminée de ne pas s'appuyer sur une position doctrinale de principe. Aussi les exceptions à la règle font-elles figure de prescriptions particulières dont la raison d'être n'a d'autre fondement qu'un pragmatisme prudent. C'est notamment à propos des rapports juridiques personnels (art. 199), du régime des incapables (art. 154, 155 et 156), du régime de la propriété, des droits réels et de possession (art. 181 à 197), que les exceptions à la règle de survie de la loi ancienne ont été prévues.

Nous citerons parmi ces textes l'article 199 aux termes duquel

(98) *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts* et tout particulièrement pour le commentaire de la loi d'introduction, pp. 203 et suiv.

(99) T. I^{er}, p. 252.

« les rapports juridiques personnels des époux entre eux, notamment le devoir réciproque d'entretien, se déterminent, même pour les mariages existant déjà à l'époque de l'entrée en vigueur du Code civil, d'après les dispositions de ce Code ».

C'est de l'interprétation *a contrario* de ce texte qu'on pourra mettre en valeur l'existence du principe de survie dans l'E.G. Le corps de phrase « même pour les mariages existants déjà » nous mène à constater que le conflit des lois dans le temps, même en restant sur le plan de la technique législative, n'est pas exempt d'une certaine relativité dans la détermination de la rétroactivité. Le besoin de précision manifesté dans ce texte révèle que, pour les auteurs de l'E.G., le conflit de lois dans le temps se pose dans toute sa difficulté dès qu'il s'agit de mettre en présence d'une loi nouvelle une situation antérieurement créée si dès lors qu'on a rejeté l'effet rétroactif des lois, on se demande dans quelle mesure la loi nouvelle s'applique aux situations en cours. C'est ainsi qu'à travers la multitude des dispositions particulières apparaît, dans l'E.G., l'ébauche d'un système général de conflit de lois dans le temps. Il pose comme règle de conflit le principe de l'application aux situations antérieures de la loi ancienne qui les a fait naître, conforme d'ailleurs aux conditions historiques de l'application du nouveau droit. Le point faible du système est dans l'énoncé des exceptions à la règle où il quitte le plan scientifique pour sombrer dans une casuistique, certes en l'occurrence efficace, mais sans lien sérieux avec le principe fondamental de solution. C'est sur ce dernier point que le défaut de doctrine des rédacteurs du B.G.B. est particulièrement frappant. C'est une conséquence normale des insuffisances du principe de survie comme fondement d'un système de conflit.

Ce qui demeure à déterminer, c'est dans quelle mesure sont utilisables les prescriptions exceptionnelles de l'E.G. Il semble qu'elles doivent être appliquées à toute loi nouvelle reprenant les matières qui ont fait l'objet de ces prescriptions à l'E.G.

Faudra-t-il de plus pour d'autres matières procéder par analogie et prévoir l'application tacite aux situations en cours de la loi nouvelle ? Compte tenu de ce qu'aucune défense n'a été faite en ce sens par l'E.G. et compte tenu de l'absence de doctrine constructive de l'E.G. relativement à l'effet immédiat, et de la nécessité sur ce point d'une libre recherche, nous fournirons ici une réponse affirmative (100).

(100) Cf. en ce sens ROUBIER, p. 251, qui reproche à la construction de l'E.G., non pas tant son caractère incomplet dont nous lui faisons grief, mais surtout sur le plan théorique la nécessité de l'appel à des moyens d'interprétation aussi délicats à manier que « l'étude de la volonté expresse ou tacite du législateur, des motifs qui l'ont inspiré, du but qu'il s'est proposé, du caractère et de l'objet de la loi », conséquence du défaut de construction. La part de la doctrine allemande, après la parution de l'E.G., n'en a été que plus belle.

31. — Les règles du droit transitoire général helvétique doivent être recherchées à la fois au Code civil fédéral de 1907 et au Code fédéral des obligations de 1881. Encore qu'il s'agisse pour ce dernier d'un texte restreint à la matière des obligations, son utilisation reste précieuse pour la description des règles législatives transitoires. C'est dans le titre final du Code civil (101), sous une numérotation propre que nous prendrons connaissance des dispositions transitoires générales intéressant notre recherche.

Le § 1 du titre final pose le principe d'existence de notre discipline, c'est-à-dire le principe de non-rétroactivité des lois.

« Les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés. »

Le § 2 prévoit toutefois que l'application de la règle normale de conflit pourra être écartée, si la substance du droit ancien est contraire à l'ordre public nouveau. « Les règles du Code civil établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception.

« En conséquence, ne peuvent plus, dès l'entrée en vigueur du Code civil, recevoir aucune application les règles de l'ancien droit qui, d'après le droit nouveau, sont contraires à l'ordre public ou aux mœurs. »

Nous nous étions demandé si l'interprète pouvait suppléer le législateur pour écarter l'application de la loi ancienne : nous venons de voir quelle réponse le Code civil suisse a fournie. Ce § 2 a soulevé les critiques de M. Roubier (102). Nous reprendrons plus loin l'analyse de ces critiques (103).

Ce recours à l'ordre public est rendu à peu près inévitable en raison de la faiblesse du principe de survie pour justifier le champ d'application des lois dans le temps. On retrouve une attitude identique dans les doctrines personnalistes du conflit dans l'espace, où la limite à l'application de la loi personnelle est fournie par une notion

(101) La position des règles transitoires dans un titre final conduit à se demander, ici encore, s'il s'agit de dispositions spéciales à la promulgation du Code, ou si, au contraire, elles sont l'exposé d'un droit transitoire général. A cet égard, la position de l'article 2 du Code Napoléon est beaucoup plus significative et restitue à sa vraie place la question première de l'application des lois dans le temps. On adoptera néanmoins pour le droit helvétique, la solution qui considère les dispositions spéciales transitoires du titre final comme l'expression du système général de conflit dans le temps en droit helvétique. Cf. pour une disposition transitoire spéciale, l'art. 2281 du Code civil, nullement le reflet de la règle de conflit, encore qu'ayant été interprétée comme telle par la jurisprudence. Cf. *infra*, p. 186.

(102) T. I^{er}, p. 269.

(103) Cf. *infra*, pp. 301 et suiv.

considérablement élargie et déformée de l'ordre public. Comme nous le verrons plus loin, le concept d'ordre public ne veut plus dire ici ce qu'il signifiait à l'origine; il n'est que la dénomination groupant un ensemble de résultats auquel on est parvenu par des méthodes bien différentes. Dans le système de conflit dans le temps des codes fédéraux, les effets du principe de survie sont limités par des exceptions dont l'énumération suffisamment large compromet le bien-fondé du principe de base. L'ordre public est alors le moyen ultime destiné à éviter les effets imprévus et néfastes des lacunes dans les exceptions à la règle. Le danger du système est bien de faire intervenir un moyen commode, mais dont le contenu est des plus imprécis.

Quelle est cette règle de conflit transitoire donnée par le Code civil suisse ? Elle se trouve au § 1 dont nous avons cité l'alinéa premier et que nous compléterons par les alinéas 2 et 3 explicatifs :

« En conséquence, la force obligatoire et les effets des actes accomplis avant le 1^{er} janvier 1912 restent soumis, même après cette date, à la loi en vigueur à l'époque où ces actes ont eu lieu.

« Au contraire, les faits postérieurs au 1^{er} janvier 1912 sont régis par le présent Code, sous réserve des exceptions prévues par la loi. »

Et nous ajouterons, pour avoir un tableau législatif complet de la règle de conflit helvétique, l'article 882 du Code fédéral des obligations aux termes duquel « les effets juridiques de faits antérieurs au 1^{er} janvier 1883 restent régis, même après cette date, par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire desquels ces faits se sont passés ».

De ces divers textes on a pu induire (104) l'adoption par le législateur suisse du principe de survie de la loi ancienne, c'est-à-dire posant l'affirmation à priori que, sauf exception, les situations nées sous l'empire de la loi ancienne continuent à être régies par elle, même en ce qui concerne leurs effets à l'époque de la loi nouvelle.

On sait que le principe de survie comme règle de solution du conflit transitoire suppose des limites. Contrairement à la méthode suivie par les rédacteurs de l'E.B.G.B., le législateur suisse s'est maintenu sur un plan général quand il s'est agi pour lui de préciser les limites à l'application de la loi ancienne.

Dans le § 3 du titre final, il est précisé que « les cas réglés par la loi indépendamment de la volonté des parties sont soumis à la loi nouvelle, après l'entrée en vigueur du Code civil, même s'ils remontent à une époque antérieure ».

Il y a ici une allusion intéressante à la distinction entre les situations issues de l'accord des volontés et celles résultant directement de la

(104) ROUBIER, T. I^{er}, p. 268.

loi. M. Roubier a reconnu l'intérêt d'une telle distinction, mais a marqué son scepticisme quant à son utilisation efficace comme limite à l'application de la loi ancienne aux situations en cours (105). Nous le suivrons sur ce point.

Le § 3 du Code civil est à rapprocher de l'alinéa 3 du § 882 du Code fédéral des obligations aux termes duquel « les faits postérieurs (relatifs à des obligations) au 1^{er} janvier 1883, notamment la transmission ou l'extinction d'obligations nées antérieurement à cette date, sont régis par le présent code... ».

La critique que l'on peut apporter à la construction élaborée par les codificateurs helvétiques se résumera, toujours sur le plan de la théorie et non sur celui des réalisations pratiques, dans le reproche d'être passée du principe de survie au principe de l'effet immédiat par la portée donnée aux limites imposées au premier principe proclamé. Il n'est pas très exact de dire que les § 2, 3 et 4 du Code civil suisse sont des exceptions au principe de rétroactivité, mais il est certain que les limites très restreintes apportées à l'effet de la loi ancienne contredisent expressément le principe de survie (106).

Le § 4, enfin, entend soumettre à la loi nouvelle « les effets juridiques de faits qui se sont passés sous l'empire de la loi ancienne, mais dont il n'est pas résulté de droits acquis avant la date de l'entrée en vigueur du Code civil ».

Il y a là un appel à la théorie des droits acquis pour préciser les limites d'application des lois anciennes dès lors qu'on a posé le principe de la survie.

Néanmoins, la notion de droits acquis est, comme nous le verrons, d'un maniement décevant, car à peine sa signification précisée, il faut la modifier dès que le premier cas d'application se présente. Et l'on pourrait en effet citer quelques dispositions du titre final qui ignorent la théorie des droits acquis, pour promouvoir l'application de la loi ancienne, § 5 par exemple, et on pourrait en trouver ailleurs qui imposent la loi nouvelle alors que l'on se trouve dans une hypothèse très généralement acceptée de droit acquis.

Enfin, l'application systématique de la loi ancienne trouve une limite naturelle, hypothèse déjà rencontrée, dans la mesure où elle porte préjudice à une organisation de publicité des droits : les avan-

(105) T. I^{er}, p. 272 et suiv.

(106) Encore que dans quelques dispositions spéciales, notamment en matière de capacité, le principe de survie soit correctement mis en application : § 5, p. 206. « L'exercice des droits civils est régi par les dispositions de la présente loi. Toutefois, les personnes qui, à la teneur de l'ancienne loi, étaient capables d'exercer leurs droits civils lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, mais qui ne le seraient plus à la teneur de celle-ci, ne subissent aucune diminution de leur capacité. »

tages conférés par l'ancien état du droit ne sont conservés qu'à condition d'effectuer la publicité requise dans un délai donné (107).

En définitive le droit transitoire helvétique se présente comme adoptant le principe de la survie, comme règle de conflit transitoire, dont les limites qui ne sont pas toujours respectées dans les dispositions transitoires particulières, reposent, en ce qui concerne l'effet à venir des situations en cours, sur une distinction, assez utilisable, comme nous le verrons, entre situations légales et situations contractuelles, et sur la théorie des droits acquis pour les effets des faits passés sous l'empire de la loi ancienne.

32. — De même que la codification helvétique, se bornant à réaliser une unification, avait ménagé des transitions assez douces, de même le législateur français, après la guerre de 1914-1918, entendait réintroduire le droit français dans les régions recouvrées sans compromettre la quiétude des populations.

On sait que la réintroduction du droit français en Alsace et en Lorraine a été réalisée par la loi du 1^{er} juin 1924. Les dispositions de cette loi qui intéressent notre recherche figurent dans son titre IV et font l'objet des articles 98 à 140 (108).

Le principe général de solution étant celui qu'est censé énoncer l'article 2 du Code civil, la loi de 1924 ne contient pas de textes de portée vraiment générale.

L'article 98 prévoit que « toute action intentée et toute requête introduite avant la mise en vigueur des lois civiles françaises seront jugées d'après la loi applicable au jour de la demande; cette même loi déterminera les effets de ces jugements ou décisions ». Cette formule parfaitement correcte dans la solution qu'elle propose est néfaste dans la limitation apparente qu'elle apporte au système.

On a fait remarquer à juste titre que « non seulement les litiges en cours, mais mêmes les litiges futurs relatifs aux faits passés, devront toujours être jugés en conformité avec la loi ancienne » (109).

Les autres dispositions admettent l'application de la loi d'origine aux contrats, de la loi du moment où ils ont été passés, aux faits constitutifs de preuve, l'application de la loi nouvelle au droit de propriété en général, tout en reconnaissant le plein effet de toutes acquisitions réalisées sous l'empire du droit ancien, tout en ménageant des délais de régularisation en ce qui concerne les mesures de

(107) Cf. notamment pour le régime matrimonial vis-à-vis des tiers, §§ 9, 10 et 11 pour les droits réels §§ 17 et suiv.

(108) J.O. du 3 juin 1924.

(109) ROUBIER, T. I^{er}, p. 276.

publicité (art. 99 à 114). En matière d'état et de capacité, la formule de l'article 115 constitue une application du principe de l'effet immédiat : « Sous réserve des dispositions expresses ci-après, les personnes conserveront l'état qu'elles avaient au jour de la mise en vigueur des lois civiles françaises, mais cet état sera désormais régi par lesdites lois. »

Plus sûrement encore, cet article constitue une illustration de la distinction nécessaire entre la création et le contenu des situations juridiques.

33. — Le Code civil autrichien n'est pas inspiré par un mouvement révolutionnaire qui risquerait d'influencer le contenu de la règle de conflit.

Il contient, formulé dans son article 5 en trois propositions d'une brièveté remarquable, un système général de conflit transitoire (110).

« Les lois ne rétroagissent pas; elles n'ont pas conséquent aucun effet sur les actes antérieurs et sur les droits antérieurement acquis. »

Ce court texte contient l'affirmation de l'existence d'une règle de conflit transitoire. Il prévoit l'application de la loi ancienne aux situations en cours, mais il limite cet effet aux situations antérieurement créées constitutives de droits acquis. L'interprétation de l'article 5 du Code civil autrichien ne se conçoit donc qu'en connaissance de la doctrine des droits acquis, dont il marque l'adoption définitive (111).

Le Code civil espagnol de 1889 procède avec la même brièveté. Dans son article 5, il dispose que « les lois n'auront pas d'effet rétroactif à moins de dispositions contraires » (112).

Ceci pose donc l'existence d'une règle de conflit en laissant toutefois à l'interprète le soin de déterminer les critères de rattachement à la loi ancienne ou à la loi nouvelle. Il est précisé de plus que l'application de la règle de conflit peut être écartée par une disposition contraire de la loi nouvelle.

La brièveté du texte, le rôle laissé à l'interprète, marquant ici, comme pour le Code civil français, le soin d'éviter d'adopter une doctrine déterminée. De même que pour le Code Napoléon, il demeure que de telles dispositions ne peuvent être séparées pour leur compréhension exacte du contexte doctrinal qui a accompagné leur élaboration et leur application.

C'est une méthode analogue que l'on retrouve chez les rédacteurs

(110) Trad. DOUCET, p. 11.

(111) Cf. *infra* pp. 57 et suiv.

(112) Code civil espagnol de 1888, trad. LE PELLEY, p. 2.

du Code civil grec, entrée en vigueur en 1941. Ici encore, nous sommes en présence d'une codification de coordination et le mutisme relatif du législateur peut s'expliquer non pas tant, comme pour le Code Napoléon, par la crainte de faire œuvre scientifique, que par la minceur des questions transitoires soulevées par la promulgation du nouveau Code. On se contente de proclamer le principe de la non-rétroactivité, en réservant la possibilité permanente de laisser le soin au législateur particulier de préciser le régime transitoire de chaque loi nouvelle.

C'est ainsi que nous lisons à l'article 2 du Code civil hellénique : « La loi détermine pour l'avenir et ne possède pas une force rétroactive » (113).

Le Code civil italien de 1942 présente au chapitre II de son livre préliminaire une disposition transitoire générale d'un type analogue. C'est-à-dire qu'elle contient un rappel du principe de non-rétroactivité des lois, qui constitue la reconnaissance à l'existence de notre science des conflits de lois dans le temps (114). Il appartient aux interprètes de préciser le contenu de la règle de conflit.

Le Code civil japonais de 1948 ne contient pas de disposition transitoire générale. Toutefois, à l'instar du B.G.B., une loi du 22 décembre 1947 fixant les modalités d'application du nouveau Code civil, porte dans son article 4 une rubrique intitulée dans la traduction anglaise officielle : « Retroactivity of New Code » (115).

L'article 4 des « Supplementary provisions » constitue une adoption du principe de l'effet immédiat comme solution du conflit de lois dans le temps. La loi nouvelle semble devoir s'appliquer aux situations en cours, sans pour cela porter atteinte aux effets produits avant son entrée en vigueur par les situations antérieurement constituées.

Nous ne saurions terminer cet aperçu rapide de quelques dispositions générales d'origine législative intéressant les systèmes de conflit

(113) Trad. SAVIDES, p. 29 : Il est curieux de voir la peine que se donnent les traducteurs les mieux intentionnés pour rendre, sous une formule différente de celle de notre article 2, l'expression d'une intention identique.

(114) Art. II : « Limite régissant l'application de la loi dans le temps. La loi ne s'applique qu'à l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif. » Trad. du Service lég. étrang. du Min. des Aff. étrang. belge, p. 7.

(115) The Civil Code of Japan. Under authorization of the Ministry of Justice and the translation committee, édit. par Eibun-Hrei-Sha, Tokyo, Japan, p. 179 : art. 4 : « Except for cases as otherwise provided for, the New Code shall apply to any of the matters which have occurred before the coming into force of the new Code. However, nothing in this article shall prejudice any of the effects which have arisen under the Old Code and the Law concerning Temporary Measures. »

de lois dans le temps (116) sans dire quelques mots de l'avant-projet du titre préliminaire adopté par la commission de réforme du Code civil français touchant au conflit transitoire.

Au contraire d'un certain nombre de codifications déjà entrevues, les textes concernant notre sujet sont ici abondants et substantiels. Ils portent la marque du grand maître qui domine le droit transitoire français depuis un quart de siècle. Ils ne sauraient s'apprécier qu'en connaissance d'une doctrine qu'il conviendra d'approfondir en son temps. Néanmoins, un aperçu de la réforme envisagée a sa place en guise de conclusion dans ce tableau descriptif, et d'ailleurs incomplet, que nous avons tenté de dresser des sources législatives du droit transitoire général.

34. — Le projet, conformément à la doctrine de son inspirateur (116 *bis*), adopte le principe de l'effet immédiat, c'est-à-dire tendant à l'application de la loi nouvelle aux situations antérieurement créées (art. 23 du projet). Comme corollaire de ce principe, il est précisé que la loi nouvelle ne peut modifier « les conditions d'établissement d'une situation juridique antérieurement créée, ni les conditions d'extinction d'une situation juridique antérieurement éteinte », pas plus qu'elle ne peut atteindre « les effets antérieurement produits par une situation juridique au temps où la loi précédente était en vigueur » (art. 23, *in fine*).

Il y a là une reconnaissance de la distinction fondamentale pour notre discipline entre la création et le contenu des situations juridiques.

Le projet contient des précisions très intéressantes sur la détermination de la création de la situation.

Tout d'abord, pour les conditions de création ou d'extinction qui peuvent ou doivent être réunies à des époques différentes, « la loi nouvelle ne s'applique qu'à celles de ces conditions qui ne sont pas encore définitivement réunies » (art. 27). Si la loi prévoit des conditions nouvelles à la constitution d'une situation juridique, elle ne peut s'appliquer à des situations valablement nées sous l'empire du droit antérieur (art. 27, *in fine*). En second lieu, lorsque la consti-

(116) Cf. également : Droit norvégien : constitution norvégienne, article 97 (in LEHR, *Eléments de Droit civil scandinave*). — Droit néerlandais : article 4, loi du 15 mai 1829 (in TRYPELS, *Les Codes néerlandais*, p. 57). — Droit portugais : article 8 du Code civil de 1867 (à propos de la capacité civile). — Droit chilien : article 9 du Code civil de 1855 (non-rétroactivité des lois, sauf les lois d'interprétation), etc.

(116 *bis*) Cf. Travaux de la Commission de réforme du Code civil, tout particulièrement au volume IV, année 1948/1949, dans lequel figure l'important rapport présenté par M. ROUBIER, p. 263.

tution est réalisée par une décision judiciaire et non par la réunion de faits d'origine privée antérieurs à la loi, la décision du juge « est soumise à la loi en vigueur au jour où elle est rendue » (art. 25) (117).

Le projet contient en outre un rappel de la solution traditionnelle en vertu de laquelle les lois d'interprétation régissent les faits passés (art. 24, al. 2). Il est à ce propos précisé que « le caractère interprétatif ne peut être reconnu à une loi s'il ne ressort pas manifestement de ses dispositions que le législateur a entendu lui attribuer ce caractère ». La limite de l'effet rétroactif des lois d'interprétation est fixée « au respect des décisions passées en force de choses jugées ou de transactions » (art. 24, al. 3), sauf disposition contraire expresse.

Il est d'ailleurs stipulé que l'effet rétroactif peut être prévu par une disposition expresse de la loi nouvelle, mais qu'il ne peut, en aucun cas, être induit de toute manifestation non explicite d'une telle volonté (art. 24, al. 1).

Toutefois, cette proposition appelle une double observation :

En premier lieu, le principe de solution étant l'effet immédiat, un effet sur les situations en cours qui serait qualifié rétroactif en regard du principe de survie sera qualifié ici de simple application de la loi nouvelle. Une équivoque planera alors dans la mesure où le principe de l'effet immédiat va se trouver écarté en matière de contrats (art. 30) au profit du principe de survie, car le principe de l'effet immédiat restant le principe-clé de la non-rétroactivité, il n'y aura pas de rétroactivité à appliquer une loi nouvelle aux contrats en cours, mais seulement substitution du principe de l'effet immédiat au principe de survie. La prohibition de la rétroactivité tacite édictée par l'article 24, alinéa 1, ne jouera donc pas ici. C'est cette solution que consacre l'article 30, alinéa 1, qui décide que « les lois antérieures continuent à régir les effets des contrats en cours, sauf dérogation expresse ou tacite du législateur ».

En second lieu, et réciproquement d'ailleurs, seule la rétroactivité ne pouvant être présumée, on admettra une dérogation tacite de la part du législateur du principe de l'effet immédiat au bénéfice du

(117) Le projet stipule que la loi « ne peut exiger des conditions nouvelles pour la formation ou l'extinction de cette situation ». La rédaction est défectueuse. La loi nouvelle peut toujours exiger des conditions nouvelles de la part de bénéficiaires de situations antérieures (cf. l'art. 24, al. 1, du projet), puisqu'il est envisagé que la loi nouvelle peut expressément se donner effet rétroactif. Si on ne veut pas compromettre la cohérence du Projet, il faut, ici, comprendre qu'à défaut de disposition expresse, la loi nouvelle établissant des conditions nouvelles de création d'une situation, ne saurait s'appliquer aux situations déjà créées.

principe de survie (118). Mais ici encore le texte ne peut s'apprécier qu'en fonction d'une doctrine. Le moment est venu de fournir un tableau des doctrines du droit transitoire.

§ 2. — LES SYSTEMES DE CONFLIT FAISANT APPEL A LA THEORIE DES DROITS ACQUIS.

35. — Au début du XIX^e siècle, la doctrine va se trouver en possession de textes remarquablement mais sommairement rédigés. La concision du Code Napoléon, limité à la proclamation du principe de non-rétroactivité, conduira les spécialistes des questions transitoires à préciser le contenu du principe énoncé à l'article 2, à définir les conditions de son application.

Les travaux seront poursuivis, conformément au point de départ donné par la proclamation de la non-rétroactivité, dans le sens d'une définition de la rétroactivité et de la non-rétroactivité. Les auteurs seront amenés à rechercher le critère qui permettra de dire que la loi ne doit pas être appliquée à tel ou tel fait, sous peine de rétroactivité et ils finiront par opposer sur le terrain de la rétroactivité ce que la loi peut atteindre sans dommage de ce que la loi n'atteint qu'au préjudice des particuliers. Du domaine d'application de la loi dans le temps, déterminé en fonction d'éléments temporels, on passe au domaine des inconvénients présentés par l'application d'une loi nouvelle, et on finira par taxer de rétroactivité ce qui n'est que la lésion subie du fait d'une loi nouvelle. On voit comment le principe de non-rétroactivité, qui apparaît comme l'acte de naissance de la règle de conflit, peut aboutir à la négation même de toute science du droit transitoire.

Il est certain que le problème a été perçu au départ d'une manière à la fois trop extensive et trop limitée, en ce sens qu'à la lecture de l'article 2 du Code civil, on a été amené plus à distinguer les lois

(118) On signalera deux dispositions du projet relatives aux modalités d'application de la loi nouvelle aux délais en cours et aux preuves.

Art. 26 : « La preuve en justice est soumise à la loi en vigueur au jour où la décision définitive est rendue. Toutefois, les preuves préconstituées et les présomptions légales sont régies par la loi qui gouverne les faits ou les actes à prouver.

« La procédure d'administration de la preuve est régie par la loi en vigueur au jour où cette preuve est rapportée. »

Art. 23 : « Les lois qui allongent les délais s'appliquent immédiatement aux délais en cours. Il en est de même de celles qui les abrègent, sous réserve que les délais nouveaux ne courent qu'à partir de la loi nouvelle ; toutefois, les délais prévus par les lois antérieures sont maintenus s'ils doivent prendre fin avant les délais nouveaux. »

rétroactives de celles qui ne le sont pas, qu'à rechercher sous l'empire de quelle loi devait être apprécié tel ou tel élément d'une situation juridique. Le problème a été limité à la crainte de la rétroactivité et à la recherche des moyens propres à pallier les inconvénients qui pouvaient en résulter.

Sur le plan le plus élevé, cette crainte de la rétroactivité rejoint la faveur accordée à toutes les formes de l'individualisme issues de la Révolution française (119). C'est en raison de l'atteinte à la liberté individuelle que la critique des lois rétroactives, et la recherche des moyens techniques propres à éviter l'effet rétroactif, vont conduire à définir le rempart des droits subjectifs auxquels la loi nouvelle ne saurait sans rétroactivité porter atteinte. C'est à cette impasse qu'aboutira la doctrine française des droits acquis.

Un autre courant doctrinal conservera un aspect plus cohérent aux constructions élaborées, par le caractère accessoire seulement donné à la théorie des droits acquis. Ici le principe de non-rétroactivité est essentiellement compris comme posant, soit le principe de survie de la loi ancienne, c'est-à-dire de l'application de la loi ancienne aux situations nées sous son empire, soit celui de l'effet immédiat de la loi nouvelle aux situations en cours. On conçoit qu'en raison de l'enchevêtrement des situations juridiques, il ait été nécessaire de préciser les limites à l'application de la loi ancienne, de même qu'il a pu paraître bon de chercher à distinguer l'effet immédiat de l'effet rétroactif. Et c'est ici qu'intervient alors la théorie des droits acquis qui n'entre en jeu que pour définir les situations juridiques dont le contenu n'est pas susceptible de continuer à relever de la loi ancienne.

Mais, même sur ce plan, et compte tenu cependant des intentions qu'elle recèle, la théorie des droits acquis n'est pas satisfaisante et après en avoir exposé successivement les manifestations issues des deux tendances dont nous avons ci-dessus rappelé le schéma, il conviendra, en troisième lieu, de rassembler les critiques à apporter au système de conflit issues de cette théorie et, tâche non moins utile, de préciser la portée actuelle de cette critique.

A. — CONFUSION DU RESPECT DU AUX DROITS ACQUIS AVEC LE PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ.

36. — La théorie des droits acquis, qui se présente habituellement sous un aspect technique, repose sur une infrastructure philosophique et morale qui n'est pas particulière au droit transitoire. Nous avons

(119) Cf. rapportée par LASSALLE, *op. cit.*, I, p. 71, l'apostrophe de Mirabeau (Constituante - Séance du 21 nov. 1791) : « Nulle puissance humaine ni surhumaine ne peut légitimer un effet rétroactif. J'ai demandé la parole pour faire cette profession de foi. »

vu qu'elle se rattache à l'individualisme révolutionnaire et que le pas est vite franchi de la théorie des droits acquis à celle des droits innés et du droit naturel (120).

Néanmoins, la théorie des droits acquis est envisagée sous l'angle transitoire, et si, sur un plan élevé, elle fait allusion au comportement de l'homme au cours de la durée, sur un plan plus technique, elle constitue une tentative d'explication complète du principe de non-rétroactivité, ce en quoi elle rejoint, d'une part les conceptions individualistes générales précédemment signalées, en vidant le principe de non-rétroactivité de toute signification temporelle, et d'autre part, elle conduit à l'élaboration d'une technique de solution.

Cette technique de solution suppose connue une définition du droit acquis, facile en soi, difficile en réalité à faire cadrer avec le problème de l'effet des lois dans le temps. Elle conduit à retenir le concept défini comme critère d'application de la loi dans le temps et l'étude des applications proposées par la doctrine et réalisées par la jurisprudence donne une idée d'ensemble sur la valeur de la théorie des droits acquis comme explication exclusive du principe de non-rétroactivité.

La théorie des droits acquis, en tant que tentative d'explication exclusive du principe de non-rétroactivité, retiendra notre attention sous le triple aspect de ses rapports avec l'individualisme juridique, de son rôle dans la solution du conflit, de la technique de solution déduite de ces considérations plus générales.

On a plus d'une fois fait grief à la théorie des droits acquis de confondre les lois iniques, injustes ou peu libérales avec les lois rétroactives (121). La doctrine des droits acquis puise dans cette confusion son impulsion première. Du point de vue psychologique, en effet, la rétroactivité se manifeste sous la forme d'une frustration. Une conduite avait reçu une certaine qualité du régime en vigueur. La remise en question par un état de droit nouveau de ce qui semblait acquis par l'effet des lois anciennes détermine en effet une certaine déception chez les individus.

C'est cette idée que l'on retrouve chez Blondeau (122) pour lequel la sécurité des citoyens repose sur la confiance en la loi (123). Il ne faut pas que cette confiance soit ébranlée par la non-satisfaction résul-

(120) Il n'est d'ailleurs pas méconnu qu'un même mouvement d'idée a souvent conduit à la promulgation de lois rétroactives. C'est que la politique transitoire doit être replacée dans la politique en général où les intérêts les plus précis se cachent sous les qualifications scientifiques les plus désintéressées.

(121) Notamment de VAREILLES-SOMMIÈRES, cf. *infra*, p. 72.

(122) « Essai sur ce qu'on appelle l'effet rétroactif des lois », S., 1809.2.277.

(123) Emmanuel LÉVY aurait-il pensé ici à justifier la non-rétroactivité par l'idée de confiance légitime trompée ?

tant de ce que la loi nouvelle ne répond pas aux attentes légitimes conçues par les individus à partir de l'ancien état du droit. Blondeau, pourtant, n'est pas un auteur représentatif de la doctrine des droits acquis, mais son point de vue est intéressant à citer à cette place dans la mesure où il montre le chemin à parcourir du sentiment de frustration à la notion d'atteinte à un droit acquis. Chez Blondeau, la doctrine reste très idéaliste et la mise en œuvre sur le plan pratique est extrêmement imprécise. C'est quand il s'agit de déterminer les attentes légitimes que Blondeau tend à glisser vers la conception des droits acquis. Pour lui, l'attente légitime que peut décevoir la nouvelle loi est celle à laquelle on ne peut toucher en raison de l'importance qu'elle présente ou des inconvénients qui en résulteraient. Cette explication est assez désastreuse sur le plan juridique (124). Elle montre cependant le lien entre la conception de l'espoir trompé, la théorie des droits innés et celle des droits acquis.

C'est dans la définition en effet des attentes légitimes qu'on va être amené à rechercher quels sont ces domaines qui tiennent tant au cœur de l'homme que la déception qui résulte de leur atteinte par la loi nouvelle suppose une scélératesse. Quels sont ces « droits sacrés » dont parle Meyer, dont la remise en question par la loi nouvelle conduit « à saper le fondement de toute société humaine » ? (125). On voit ici la confusion signalée plus haut. C'est un certain résultat de la rétroactivité qui conditionne le contenu de la notion. On ne cherche plus tant sur ce terrain à déterminer le champ d'application de la loi nouvelle, c'est l'existence même de la loi nouvelle qui est remise en question dans la mesure où elle porte atteinte à ce que l'individualisme libéral considère comme des valeurs essentielles.

Il est évident que le problème n'est pas là. La règle de conflit n'a pas pour fonction d'organiser la défense des droits subjectifs. On est parti de l'observation vraie sur le plan psychologique que l'action de

(124) Cf. non moins flore la doctrine de MOURLON et DEMANGEAT, *Rep. I*, p. 48 : 1) « La loi nouvelle doit être appliquée d'une manière absolue : 1° Lorsqu'on peut le faire sans préjudicier à personne ; 2° Lorsque la rétroactivité ne fait qu'enlever de faibles attentes, de vagues expectatives. — 2) La loi nouvelle est inapplicable toutes les fois qu'on ne peut l'appliquer aux faits antérieurs qu'en détruisant des attentes très fortes, sur la réalisation desquelles les citoyens avaient en un juste sujet de compter : ces attentes sont des droits acquis auxquels le législateur n'a pas dû toucher. »

(125) MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, p. 10 : « Celui qui a légitimement acquis un droit quelconque ne peut être dépouillé. Révoquer en doute ce principe, ce serait attaquer les droits sacrés de la propriété et saper le fondement de toute société humaine. Le motif d'utilité publique à part, aucune loi ne peut priver un individu des droits qu'il a acquis d'une manière légitime ; et même alors, il est des formes qu'il convient de ménager ; celui qui perd un droit doit être indemnisé. » « Les droits acquis, c'est-à-dire ceux qu'une personne civilement existante possédait irrévocablement, doivent être réglés d'après la loi ancienne... »

la loi sur le passé risque de susciter chez les individus un sentiment de frustration, d'espoir déçu (126). Mais la proposition est générale et l'atteinte aux valeurs sociales traditionnelles soulève des questions qui n'ont qu'une incidence discrète et variable sur le problème transitoire. La fonction de la règle de conflit n'est ni d'entraver, ni de faciliter l'application des lois nouvelles, mais de ménager les transitions nécessaires, sans qu'il soit utile de porter un jugement de valeur sur le contenu de la loi nouvelle en regard de l'état de droit antérieur. Ce qui nous permet d'écarter dès à présent la question de la réparation du dommage causé par l'atteinte aux droits acquis résultant de l'effet exprès de la loi nouvelle, qui n'est pas de notre ressort (127). Ce qui nous autorise à penser dès à présent que réciproquement le jugement de valeur porté sur le contenu de la loi nouvelle, l'estimant incompatible avec l'état de droit antérieur et conduisant à écarter l'application de la loi ancienne (théorie de l'ordre public), est également extérieur au problème transitoire, encore qu'il faille tenir compte dans la mesure où son intervention conduit à écarter la loi désignée par la règle de conflit (128).

La théorie des droits acquis doit donc s'apprécier à partir des conceptions de l'individualisme. Dans la mesure où elle identifie le respect des droits acquis avec la défense des droits subjectifs, elle quitte le plan du conflit transitoire et est dès à présent inutilisable dans la recherche de la règle de conflit. C'est pourquoi, tout en conservant ses origines individualistes, la doctrine des droits acquis se doit, pour garder quelque utilité originale, d'être replacée dans une perspective tenant pour un simple fait d'observation la succession des lois dans le temps.

Une telle attitude n'est d'ailleurs pas incompatible avec la prise de conscience du problème sur un plan assez abstrait. Elle a ainsi

(126) On passe vite sur le plan psychologique, de la non connaissance de la loi nouvelle, avant sa promulgation, fondement véritable de l'article 2, au sentiment de frustration, résultat seulement de la rétroactivité.

(127) La force de la confusion de l'inique avec la rétroactivité conduirait-il à admettre en droit civil des rétroactivités *in mitius*. Cf. DEMANTE et COLMET de SANTERRE, *Cours Code civil*, T. I^{er}. De la règle de l'article 2, « il en résulte qu'une loi nouvelle ne peut, en général, ni attribuer aux faits passés sous l'empire d'une loi précédente des conséquences qu'ils n'étaient point destinés à produire, ni empêcher que ces faits ne continuent à produire leurs conséquences directes. Toute la doctrine sur la non-rétroactivité se résume : la loi nouvelle ne peut ni aggraver les conséquences des faits antérieurs, ni enlever des droits acquis. »

(128) Cf. *infra*, chap. III, section II, p. 297.

conduit Lassalle (129) à considérer l'effet des lois dans le temps en regard des agissements de l'homme au cours de la durée.

37. — Le point de départ chez Lassalle est toujours celui d'une frustration, mais il s'en dégage assez vite pour faire ressortir que l'action des lois sur le passé s'analyse en une atteinte portée à la liberté de l'homme, dans la mesure où, par le jeu de la rétroactivité, il est apporté une modification aux conditions de détermination d'un choix déjà fait. On introduit ainsi un facteur d'imprévision, donc d'insécurité, dans tout acte volontaire. L'existence d'une volonté supposant la possibilité d'un choix, donc une certaine liberté, c'est cette liberté qui est remise en question par la modification apportée *a posteriori* aux conditions du choix.

Cette prise de conscience du sujet au niveau de la psychologie (volonté) et de la métaphysique (liberté) rejoint la théorie des droits acquis, en définissant le droit acquis auquel la loi nouvelle ne peut porter atteinte, à l'aide de la notion psychologique de volonté.

Tout ce que la loi prévoit en faveur des individus, sans la mise en jeu de la volonté individuelle, ne ressort que des facultés générales, des possibilités d'agir qui disparaissent avec la loi qui les a prévues, s'il n'en a pas été fait usage. Ce rôle donné à la volonté individuelle conduit naturellement Lassalle à opposer les droits acquis dérivant directement de la loi aux droits acquis provenant du fait volontaire de l'homme.

Le principe de non-rétroactivité se ramène donc, dans un premier aperçu de la doctrine de Lassalle, à un respect du droit acquis, manifestation d'un choix volontaire impliquant une volonté libre. L'atteinte au droit acquis est une atteinte à la liberté humaine, meilleure condamnation que l'on puisse apporter à la rétroactivité des lois (130).

Sur le plan où elle s'est placée, la doctrine de Lassalle appelle des observations et non de véritables critiques. Le point de départ est peut-être discutable si on se réfère aux excès de l'individualisme

(129) *Théorie des droits acquis et des conflits de lois*, pp. 67 et 68 : « Nulle loi ne peut rétroagir si elle ne peut atteindre un individu que par l'intermédiaire de ses actes volontaires. » « Toute loi peut rétroagir si elle atteint l'individu en dehors des actes de sa volonté, si, par conséquent, elle atteint immédiatement l'individu dans les qualités qu'il ne s'est pas données à lui-même, qui lui sont communes avec l'humanité tout entière, ou dans celles qu'il tient de la société. » « ...Le concept de rétroactivité n'est pas autre chose que celui d'un empiètement sur la liberté et la responsabilité de l'homme.

(130) Ici le juriste philosophe rejoint le socialiste de la vieille école, fidèle aux idéaux conçus par l'individualisme révolutionnaire.

libéral. Si on s'en tient à une conception plus personnaliste des droits individuels, il est parfaitement valable (131).

La théorie de Lassalle considère comme résolu le problème de la liberté de l'individu replacé dans le cadre des règles juridiques.

Sur le plan transitoire, la description de la volonté agissante est assez séduisante. Malheureusement, on saisit mal le lien entre cette position de départ et les applications proposées (132). Cette absence de lien conduit à ranger la doctrine de Lassalle dans son ensemble parmi les thèses qui confondent la notion de droit acquis avec le principe de rétroactivité. Il demeure chez Lassalle une réflexion sur quelques points particuliers qui sera utilisable avec profit.

38. — Cette absence de lien entre les positions *a priori* que nous avons rencontrées et les applications pratiques constitue le défaut commun à toutes les théories qui confondent la notion de droit acquis avec celle de non-rétroactivité. Même chez les auteurs qui partent de positions moins générales que chez Blondeau, Meyer ou Lassalle, toute tentative d'explication de la non-rétroactivité par le respect des droits acquis conduit à forcer le concept clair de droit acquis, en lui-même éloigné de toute idée de temps, pour le faire coïncider avec le principe de non-rétroactivité qui ne se comprend qu'à l'aide du temps, considéré comme une catégorie. Comme on l'a fait remarquer (133), on en arrive à dire qu'il y a droit acquis chaque fois qu'il est fait échec à l'effet de la loi nouvelle (134). La notion de droit acquis destinée à l'origine à servir de critère n'est plus que le véhicule occasionnel d'un résultat auquel elle est étrangère.

Jamais la confusion entre la théorie des droits acquis et le principe de non-rétroactivité n'avait mieux été formulée par un auteur dont les développements n'allaient mieux infirmer l'erreur de départ.

Savigny (135), en effet, commence par proclamer l'identité des deux principes de non-rétroactivité et de respect des droits acquis. Il s'empresse d'ailleurs de préciser que le second principe n'est

(131) Sur le problème de la liberté, cf. les développements que M. BATIFFOL leur a consacré dans ses *Aspects philosophiques en D.I.P.*, pp. 89 et suiv. L'attitude proposée à la fois ferme et nuancée, située justement entre « terre et ciel », provoquera difficilement la critique.

(132) Notamment par son opposition du droit acquis par la volonté, au droit acquis par l'effet de la loi, LASSALLE est conduit à proposer l'application de la loi en vigueur aux obligations issues d'un délit provoqué sous l'empire de la loi ancienne, solution de tout temps contraire aux décisions jurisprudentielles.

(133) RIPERT et BOULANGER, T. I^{er}, p. 127, n° 282.

(134) Cf. ce qu'écrit à ce sujet M. MAKAROV (*Rev. crit. D.I.P.*, 1955.I.44) citant le projet de loi uniforme du Benelux : « C'est le plus souvent en considération de la fonction sociale d'un rapport juridique, que l'on décide s'il y a droits acquis. C'est ainsi que les droits réels et les droits de créance nés d'une convention ou d'un acte illicite sont généralement considérés comme droits acquis. »

(135) T. VIII, § 384, p. 368.

d'aucune utilité pour la solution du conflit et il passe à une analyse plus sérieuse de la question. Cette confusion a été plus ou moins ressentie par les théoriciens des droits acquis et comme ils n'ont malheureusement pas tous eu l'intuition géniale de Savigny, ils ne pouvaient, pour conserver sa raison d'être à la théorie des droits acquis, pour ne pas se retrouver à leur point de départ avec sous les yeux le seul principe de non-rétroactivité, que vider la question de tout aspect temporel et considérer le principe de non-rétroactivité comme le rempart des droits subjectifs. Dans ce cas, ils aboutissent à examiner le problème sur un double plan, théorique et pratique, sans lien entre les deux. On était ainsi conduit à considérer les questions transitoires d'une part sur le plan théorique de la défense des droits subjectifs, sans aucun rapport avec le conflit des lois dans le temps, d'autre part sur le plan pratique à masquer sous un vocable, à signification variable, une casuistique inévitable. C'est à cette solution de facilité que s'est longtemps adonnée la jurisprudence. Le plan théorique a déjà fait l'objet d'un bref développement. C'est l'élaboration de la technique de solution à partir du droit acquis qui va nous retenir quelques instants.

39. — Cette technique suppose au préalable pour son utilisation la définition d'un critère. Malheureusement, cette définition s'est trouvée à peu près impossible à donner, ce qui constitue au départ une sérieuse brèche dans le système. Il entre dans la définition du droit acquis une idée d'appropriation (136), d'individualisation d'une faculté générale prévue par la loi, renforcée par une idée d'irrévocabilité sur le plan interne que l'on cherche à transférer sur le plan transitoire pour écarter l'action de la loi nouvelle (137).

(136) Cf. sur l'idée d'appropriation, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, I, 28 : « Le droit acquis est l'avantage qui nous appartient, qui figure dans notre patrimoine, qui ne peut nous être ravi par le fait de celui de qui nous le tenons ou par le fait d'un tiers. »

(137) Cf. sur l'idée d'irrévocabilité, HERRESTORFF, « Ueber die rückwirkende Kraft der Gesetze », cité par AFFOLTER, *Geschichte*, p. 601 (ROUBIER, I, 301) : « Le droit acquis est un droit irrévocable qu'on ne peut pas arracher à quelqu'un sans son consentement » ; DEMOLOMBE, *Cours Code civil*, I, p. 43 : « Le droit acquis est un droit bien et dûment nôtre dont nous sommes investis, qu'un tiers ne pourrait pas nous enlever. »

Sur une limitation du droit acquis, au droit garanti par une action, HUC, *Comment, théor. et prat. Code civil*, I, n^{os} 59 et suiv., « constitue un droit acquis tout avantage dont la conservation ou l'intégrité est garantie au sujet investi par une action ou par une exception. La règle serait par conséquent ainsi formulée : une loi nouvelle ne peut pas, en principe, porter atteinte à un droit, mais elle peut léser un intérêt. On peut donc supprimer l'expression *acquis* parce qu'elle n'ajoute rien à l'idée, et qu'elle a simplement pour but de marquer que, dans l'ordre chronologique, il s'agit d'un droit existant avant la promulgation de la nouvelle loi. »

C'est ce qu'écrit Merlin de Douai (138) : « Les droits acquis sont ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons. » Et il donne comme exemple de droit acquis, les droits nés du contrat, ceux du légataire ou de l'héritier après le décès du testateur. Il oppose au droit acquis, la simple expectative, possibilité non utilisée d'acquiescer un droit. Chabot de l'Allier (139) reprend sur les mêmes bases la distinction entre droit acquis et simple expectative (140). Meyer insiste sur le caractère irrévocable (141) du droit acquis par opposition avec la simple expectative (142).

La mise en œuvre du critère proposé va d'ailleurs conduire à en compléter le contenu pour en faire coïncider la logique avec des solutions déjà fournies par la pratique. Le critère s'élargira quant à sa compréhension, mais en gagnant en étendue, il perdra en rigueur quant à son utilisation, il faudra le compléter de sous-distinctions sans rapport avec une analyse propre du critère principal. Parmi ces sous-distinctions, on citera celle proposée par Chabot de l'Allier qui oppose parmi les droits acquis les droits personnels, soumis

(138) *Rép. de jurispr.* V^o Effet rétroactif, § I, n^o 3.

(139) *Questions transitoires sur le Code Napoléon*. V^o Droit acquis, réédit. de 1929 : « On entend par droits acquis ceux qui étaient irrévocablement conférés et définitivement acquis avant le fait, l'acte ou la loi que l'on veut opposer, pour empêcher la pleine et entière jouissance de ces droits. Il est bien évident qu'un droit qui peut être révoqué par l'individu qui l'a conféré n'est pas un droit acquis, puisqu'il n'est encore qu'une simple espérance, une simple expectative. La loi nouvelle qui le trouve dans cet état peut donc s'en emparer, pour le régir à sa volonté : elle peut le révoquer ou le modifier, puisqu'il est révocable par sa nature, et que le pouvoir de la loi s'étend sur tout ce qui n'était pas irrévocablement terminé avant sa publication. Il n'y a d'effet rétroactif qu'en ce qu'il porte atteinte à des droits définitivement acquis. »

(140) MAILHER de CHASSAT, p. 271, écrit à propos du droit acquis contractuel : « ... c'est dire bien clairement que dès que le contrat est régulièrement consommé, la loi a épuisé son action tant sur le fond que sur la forme, et que la loi postérieure, quelles que soient sa puissance et ses vues, ne saurait avoir pour effet que de protéger l'un et l'autre, d'en assurer perpétuellement l'exécution ; car, outre qu'il est de l'essence d'une bonne loi de fortifier les prescriptions de la loi, précédente, en tout ce qui est conforme à la justice et à la bonne foi, il faut dire que la forme dans laquelle ont été conçues et exprimées les conventions précédentes est entrée comme droit acquis, avec le fond même des conventions dans le domaine privé des parties. » Cf. également MAILHER de CHASSAT, I, pp. 160 à 173 : « ... en général, le fait résultant de stipulations privées expresses ou tacites offre le caractère le plus certain de droits acquis contre lesquels toute loi postérieure est impuissante. »

(141) Sur l'origine de ce caractère irrévocable du droit acquis d'après la loi de pluviôse an V, cf. ROUBIER, T. I^{er}, p. 294.

(142) M. ROUBIER, d'après CHABOT, T. II, p. 92, relève chez MEYER la transition entre la notion d'*actus perfectus*, mise en valeur chez les postglossateurs (cf. *supra*, p. 35) et celle de *jus quaesitum*. Cf. également sur ce point, cité par ROUBIER et CHABOT, *op. cit.* ; GLUCK, *Le commentaire à la jurisprudentia forensis* de HELLFELD, T. I^{er}, § 21.

à la loi nouvelle dès sa promulgation, aux droits réels. La solution de la pratique appliquant les lois nouvelles aux propriétés existantes, l'auteur des « Questions transitoires » est conduit à une nouvelle sous-distinction à l'intérieur des droits réels acquis (143).

Il distingue les droits acquis qui résultent d'une convention expresse ou tacite, des droits acquis qui viennent directement de l'autorité de la loi qui a présidé à leur établissement.

Les droits acquis d'origine conventionnelle sont les seuls à ne pas subir les effets de la loi nouvelle. Par une accentuation nouvelle de l'absence de lien entre les plans théorique et pratique signalés plus haut, on en arrive ainsi à exclure du champ d'application de la loi nouvelle les droits qui paraissent le moins acquis, au sens de l'individualisme juridique (144). De plus, cette position semble ignorer le sort des droits réels ou des situations de statut personnel; constitués antérieurement à la loi nouvelle et dont le problème de l'existence antérieure peut se poser à l'époque de la loi nouvelle.

Mailher de Chassat (145) oppose de même les droits acquis résultant des dispositions de la loi à ceux résultant des stipulations entre particuliers, seuls ceux-ci faisant échec à l'application de la loi nouvelle. Distinction d'ailleurs infirmée immédiatement par l'auteur qui donne comme exemple de droit acquis en vertu de la loi non soumis à la loi nouvelle, le droit de l'héritier à la succession ouverte sous l'empire de la loi ancienne.

Meyer, qui reprend toujours la même distinction, oppose toutefois parmi les droits acquis par convention ceux qui proviennent d'effets prévus par les parties, à ceux que le législateur fait naître en considération de la situation dans laquelle les parties se sont mises (146).

Par ailleurs et à l'encontre de ces sous-distinctions, il existe un courant qui tend à grouper sous le vocable de droits acquis, ceux qui selon la définition première ne sont que de simples expectatives. C'est ici que pour justifier l'application de la loi ancienne à des hypothèses de statut personnel, on fait appel à une notion patrimoniale de droit acquis qui leur est pourtant étrangère (147).

On comprend alors la réaction d'un auteur comme Struve pour

(143) *Op. cit.*, p. 88.

(144) Le droit à durée perpétuelle ne serait donc jamais acquis. Cf. une opinion de BORNEMANN, *Erörterungen in Gebiete preussischen Recht*, I, pp. 9-10, citée par ROUBIER, I, p. 320, note 1.

(145) *Op. cit.*, pp. 271 et suiv.

(146) Cf. d'après M. ROUBIER une opinion identique qui transparaît chez BLONDEAU, *op. cit.*, I, p. 299.

(147) Par exemple dans le maintien des majorités acquises avant l'entrée en vigueur d'une loi élevant l'âge de la majorité, où est le droit acquis ?

qui, au sens transitoire, tous les droits sont nécessairement acquis, y compris celui qu'un homme acquiert par sa naissance (148).

On conçoit bien l'échec, avant toute critique systématique, de la doctrine des droits acquis en tant que tentative à elle seule d'explication du conflit des lois dans le temps. Il convient à présent de rechercher quelle a pu être l'efficacité du concept de droit acquis, comme règle de complément d'un autre système de solution du conflit.

B. — LA NOTION DE DROIT ACQUIS COMME LIMITE.

A L'APPLICATION DE PRINCIPE DE LA LOI ANCIENNE OU DE LA LOI NOUVELLE

40. — Il est apparu assez rapidement que la notion de droit acquis, considérée d'une manière autonome, confondue avec le principe de rétroactivité, aboutissait, soit à un point de vue parfaitement étranger au conflit transitoire et au principe de non-rétroactivité, soit à un point de vue, certes transitoire, mais qui vidait de toute signification précise le critère utilisé. De plus, le respect des droits acquis, assimilé à la non-rétroactivité, conduisait à penser que la seule fonction de la règle de conflit consiste à écarter l'application de la loi nouvelle, plus qu'à déterminer le champ d'application de la loi ancienne et de la loi nouvelle, ce qu'évidemment les auteurs eussent été bien incapables de faire à l'aide du seul critère de droit acquis.

On a donc été naturellement enclin à poser *a priori* le principe d'une application de la loi ancienne ou de la loi nouvelle, sous forme de la règle de survie, lorsque l'application de la loi ancienne était la règle, et celle de la loi nouvelle, l'exception, sous forme de la règle de l'effet immédiat lorsque l'application de la loi nouvelle était la règle et celle de la loi ancienne, l'exception.

Les auteurs n'en ont pas pour autant abandonné la théorie des droits acquis. Ils étaient d'abord fidèles à l'idéal philosophique qu'elle était censée représenter. Elle avait, de plus, fait figure au cours du XIX^e siècle, de vérité scientifique au point que nous avons vu des codifications en porter la marque (149). Enfin l'effet immédiat guère plus que la survie, ne valait comme règle absolue de conflit et il fallait dans les deux cas en préciser les limites (150). La notion de droit acquis allait être ici encore utilisée.

(148) « Über das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit, oder über die Anwendung neuer Gesetz ».

(149) Cf. *supra*, p. 53.

(150) Il fallait notamment les réintroduire dans le cadre du principe de non-rétroactivité.

La règle de survie ne peut pas être formulée sans réserves. En effet, supposer l'application de la loi ancienne à toutes les situations commencées sous son empire et continuées sous celui de la loi nouvelle est une idée apparemment simple, à condition que l'on ignore la complexité et l'enchevêtrement des situations juridiques. Une limite est nécessaire, si l'on veut garder quelque effet à la loi nouvelle.

De même, la règle de l'effet immédiat, qui tend à l'application de la loi à toutes les situations, y compris celles commencées antérieurement, suppose, en raison des liens avec le passé des situations en cours, que l'on ait déterminé ce que ne peut atteindre la loi nouvelle sans aller à l'encontre du principe de non-rétroactivité.

C'est l'aide apportée à ces deux attitudes par la théorie des droits acquis qui fera l'objet de deux développements particuliers.

1° *La théorie des droits acquis comme limite de la survie de la loi ancienne*

41. — La théorie de la survie de la loi ancienne est, rappelons-le, celle qui pose *a priori* que la loi ancienne doit continuer à régir les faits qui se rattachent à une situation dont l'origine se situe sous l'empire de la loi ancienne. Cette théorie conduit donc à différer dans nombre de cas l'application de la loi nouvelle. Elle peut se rattacher, au point de vue historique aux codifications de la fin du XIX^e siècle provoquées plus par un désir d'unification du droit que par la volonté de promouvoir des réformes hardies. Le souci de ménager des transitions très douces est la marque de cette époque. La timidité même des innovations ne sera pas susceptible de faire sentir le danger d'une survie maximale de la loi ancienne. Rien d'étonnant donc si l'auteur qui va retenir notre attention, appartient à ces pays et à ce temps.

La théorie de la survie fait échec à l'application de la loi nouvelle. Il est toutefois bon de préciser dès à présent que l'application de cette théorie ne se conçoit que dans le cadre de l'étude du conflit de lois dans le temps. Il va de soi, si la loi n'a pas d'effet rétroactif, que sa destination n'en est pas moins de s'appliquer à l'avenir. La théorie de la survie ne tend pas à différer l'application générale de la loi nouvelle, à créer en quelque sorte une postactivité de la loi. Elle a simplement pour but, en présence d'une question transitoire, c'est-à-dire se posant à propos d'un fait qui se rattache d'une manière plus ou moins directe, plus ou moins précise, plus ou moins lâche au passé, de définir l'effet de la loi nouvelle : en présence d'un tel fait rattaché au passé, le principe de survie tend à lui faire appliquer la loi ancienne qui régissait ce passé. On conçoit qu'il soit nécessaire

de préciser les conditions de rattachement au passé, de préciser les limites à l'application de la loi ancienne, tant il serait aisé en leur absence de trouver toujours quelque cause de rattachement d'un fait au passé. C'est ici qu'apparaîtra la nécessité d'un appel à un critère, et le plus directement connu des spécialistes sera celui des droits acquis.

42. — Gabba (151), pose le principe de la survie de la loi ancienne de la façon la plus large qui soit. La loi ancienne doit s'appliquer à toutes les questions transitoires, qu'elles se rattachent à un droit issu d'un contrat ou directement de la loi.

Quelles sont donc les questions susceptibles d'être soumises à la loi ancienne ? Il faut qu'elles se rapportent à des droits acquis.

Dans la définition du droit acquis, Gabba retient le principe d'acquisition patrimoniale qui fixait déjà l'attention des premiers partisans de la théorie. Le droit acquis est d'abord celui qui est entré dans le patrimoine du sujet.

Mais, est également droit acquis, ce qui est la conséquence d'un fait qui s'est passé sous l'empire de la loi ancienne, encore que l'occasion d'en tirer parti ne se soit présentée que sous l'empire de la loi nouvelle. Cette seconde définition du droit acquis est imprécise et complexe. Elle soulève trois observations : s'agit-il bien tout d'abord ici de droit acquis ? Cette définition ne constitue-t-elle pas une tentative déjà pressentie dans la théorie classique des droits acquis de situer dans le temps, par rapport à la promulgation de la loi, le fait juridique ? Cette définition enfin ne soulève-t-elle pas la question d'une certaine cohérence dans un ensemble de faits et susceptible d'entraîner à son propos l'application d'une loi unique ? Cette troisième question révèle l'existence d'une notion qui s'avèrera indispensable pour l'élaboration de la règle de conflit. Il s'agit de la notion de situation juridique. Le fait est replacé dans un ensemble et il convient alors de rechercher si cette position va entraîner des conséquences transitoires, notamment par le lien intime avec d'autres faits qui se situent sous l'empire de la loi ancienne. Il permet de constater qu'il existe des faits présents, qui ne sont présents que parce que leur connaissance n'est acquise qu'au moment de la loi nouvelle.

La définition du droit acquis proposée par Gabba comme limite au principe de survie, révèle un souci de méthode qui paraît être à retenir. Il s'agit d'un effort de localisation d'un fait dans le temps, c'est-à-dire de rechercher à quel moment son existence objective est révélée.

(151) *Teoria della retroattività delle leggi*, 1891.

On peut toutefois se demander si une telle définition est représentative de la théorie des droits acquis. De droit acquis, il semble bien ne rester ici que la conséquence attachée à cette qualification. Il n'est plus question ici ni de droit, ni d'acquisition, mais comme nous le verrons plus tard, de localisation.

Au point de vue logique, la construction de Gabba éveille deux constatations :

La seconde définition de Gabba englobe sans aucun doute la première définition du droit acquis, la seule qui rappelle vraiment la théorie classique.

Compte tenu de ce que la première définition dépasse très largement la théorie des droits acquis, le doute n'est plus permis quant à l'efficacité de la théorie des droits acquis, comme critère accessoire à la théorie de la survie, utilisée comme principe de solution.

2° La théorie des droits acquis comme limite à l'effet immédiat

43. — Après avoir énoncé le principe de non-rétroactivité, Aubry et Rau se prononcent pour l'effet immédiat de principe de la loi nouvelle (152). Ils justifient cette prise de position par un appel à l'idée de souveraineté de la loi et de la prédominance de l'intérêt public sur les intérêts privés.

Cet appel à l'idée de souveraineté de la loi nous a toujours semblé hors de propos dans les questions transitoires. Le principe du respect dû à la souveraineté de la loi n'est pas mis en échec par la survie de la loi ancienne, car la règle de conflit transitoire exclut fondamentalement tout jugement de valeur porté sur la loi nouvelle. L'objet de la règle de conflit est que, compte tenu de la succession des lois dans le temps, il convient de délimiter le champ d'application de chacune. Sur le terrain de la souveraineté de la loi, rien ne permet de dire que la loi ancienne en était moins digne que la nouvelle, appréciation que le spécialiste des questions transitoires s'abstient, répétons-le, de porter, d'autant plus que la règle de conflit participe de la même souveraineté.

Ce qui est acceptable dans cet appel à l'idée de souveraineté de la loi, c'est qu'il comporte, plus ou moins consciemment chez les auteurs, une reconnaissance de l'idée que la loi nouvelle doit avoir le plus rapidement possible une efficacité maximale. C'est là le fondement véritable de la théorie de l'effet immédiat.

(152) AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 5^e éd., pp. 98 et suiv., § 30. Cf. *id.*, note sous Cass civ., 20 fév. 1917, S., 1917.I.81.

L'opposition de l'intérêt public aux intérêts privés est significative bien que l'on conçoive difficilement en premier lieu l'incidence que cette constatation peut avoir à l'appui de l'application de principe de la loi nouvelle. En second lieu, on peut se demander ce qu'il reste de cette opposition lorsqu'on introduit pour préciser les modalités de l'effet immédiat, la théorie des droits acquis qui peut être considérée, au sens que lui donnent ses partisans, comme une prise en considération des intérêts privés, de préférence aux intérêts publics.

En troisième lieu, l'opposition entre intérêt public et intérêts privés introduit un malentendu très grave sur le rôle de la règle de conflit. Il est autant de l'intérêt public que de l'intérêt des particuliers de voir harmonieusement régi le champ d'application des lois dans le temps. L'opinion contraire rejoint cette idée d'individualisme juridique, toujours sous-jacente chez les doctrinaires des droits acquis, qui veut voir dans la règle de conflit une défense des droits subjectifs contre les atteintes de la loi nouvelle (153).

La théorie d'Aubry et Rau déjà fortement influencée par la notion de droit acquis jusque dans la justification de l'effet immédiat, conduit à utiliser complètement ce procédé traditionnel dans les limites qu'on juge bon d'apporter à l'effet immédiat.

Ils reprennent la distinction classique des droits acquis et des simples expectatives. Ils sont rapidement amenés à constater que la définition du droit acquis est impuissante à justifier les exceptions traditionnelles à l'effet immédiat. Ils ont alors recours aux sous-distinctions habituelles, étrangères à la nature du droit acquis, ce qui est la meilleure preuve de l'insuffisance du critère. Ils opposent, une fois de plus, les situations qui naissent de la loi, aux situations qui naissent du fait de l'homme, pensant tout particulièrement ici au contrat, pour justifier la solution traditionnelle de l'application de la loi d'origine aux effets du contrat. Ce qui est plus grave du point de vue de la logique de leur système, c'est la place donnée à la théorie des droits acquis. Le critère choisi dans le but de préciser la règle de l'effet de principe de la loi nouvelle est la meilleure justification qui soit du choix du principe contraire de survie de la loi ancienne.

Force nous est donc de constater une fois de plus l'insuffisance du critère tiré de la notion de droits acquis à l'appui d'une prise de position *a priori* en faveur de l'application d'une loi déterminée (154).

(153) Nous verrons plus loin (chap. II, pp. 201 et suiv.) en quoi la prise en considération des intérêts en présence peut être utile dans le choix entre les divers rattachements possibles.

(154) Pour une critique de l'inefficacité de la théorie des droits acquis en matière d'effet immédiat, cf. ROUBIER, p. 323, n° 36.

Les développements consacrés à la théorie des droits acquis n'auraient que la valeur d'un rappel historique, si, jusque dans ses erreurs les plus manifestes, elle ne révélait une intuition fréquente de la vérité, d'une utilité profonde pour la suite de nos recherches.

C. — PORTÉE DE LA THÉORIE DES DROITS ACQUIS

44. — Un bilan s'impose donc ici de l'efficacité de la théorie des droits acquis et si une place importante doit être ultérieurement consacrée à un rappel des critiques que la doctrine a formulé à son encontre, notre apport personnel nous conduira à reconnaître, d'une part ce que le système proposé doit à la théorie des droits acquis, d'autre part, ce que l'adoption de la notion des droits acquis, tant par certains auteurs que surtout par la jurisprudence, n'a pas entravé la progression de notre discipline.

Nous étudierons donc successivement la critique d'ensemble qui a été faite de la théorie des droits acquis et la portée de cette critique chez les auteurs et la jurisprudence, qui conditionne par le contenu véritable donné au droit acquis la signification d'ensemble de la théorie des droits acquis.

La première attaque systématique qui ait été portée avec efficacité contre la théorie des droits acquis est due à de Vareilles-Sommières (155). Cette critique a été étoffée, complétée par M. Roubier et reprise par la plupart des auteurs des traités généraux de droit civil (156).

La première critique que l'on puisse relever sera tirée de la confusion entre deux notions pourtant antithétiques à laquelle parvient la théorie des droits acquis : « Le sens grammatical de droits acquis a été oublié, écrit de Vareilles-Sommières (157), par opposition aux droits innés, pour recourir sous ce vocable à quelque chose qui semble être des droits définitifs. » Ce à quoi nous ajouterons que parmi ces droits définitifs qui excluent l'application de la loi nouvelle, les doctrinaires des droits acquis ont dû extraire les droits perpétuels. Le droit acquis qui s'oppose aux droits innés, finit par

(155) « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois » (critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives), deux articles à la *Rev. crit. lég. et jurisprudence*, 1893, pp. 444 et 492. La partie positive de l'œuvre de VAREILLES-SOMMIÈRES sera étudiée *infra*, chap. I^{er}, sect. II, § 3, p. 81.

(156) ROUBIER, T. I^{er}, pp. 321 et suiv., n° 36; RIPERT et BOULANGER, T. I^{er}, p. 127, n° 281; MARTY et RAYNAUD, T. I^{er}, p. 173, n° 106; CARBONNIER, T. I^{er}, p. 96, n° 26, etc...

(157) *Op. cit.*, p. 445.

se fondre dans une notion très voisine. En second lieu, la définition du droit acquis qui semblerait à première vue aisée, n'est pas satisfaisante. Le contenu de la notion est bien imprécis : le droit acquis n'est plus que la consécration d'un résultat voulu pour une toute autre cause. C'est bien souvent sous cette acception que le terme de droit acquis est utilisé par la jurisprudence : dire qu'il y a droit acquis équivaut à dire qu'il y aura lieu d'appliquer la loi ancienne, mais ne signifie pas qu'on y sera conduit parce qu'il y a droit acquis. Et ceci est d'autant plus probant que des décisions de jurisprudence qui consacrent par ailleurs dans les termes les plus exprès l'adoption du principe de l'effet immédiat, continuant à employer la proposition du respect dû aux droits acquis comme synonyme du principe de non-rétroactivité des lois (158).

« Le droit acquis, s'écrie alors M. Roubier, n'est plus qu'un pavillon qui couvre toute espèce de marchandises (159). » Les auteurs entendent en réalité, sous le couvert de ce mot, fixer de la manière qui leur paraît la meilleure les véritables règles de solution des conflits de lois (160). C'est une opinion identique qu'expriment MM. Ripert et Boulanger.

On conçoit aisément ce que de telles définitions représentent au seul point de vue de la logique. « Les définitions posées ne servent plus de rien, elles sont oubliées et contredites à chaque pas. Des avantages actuels, et que nul ne peut nous enlever, sont en foule classés parmi les expectatives; des avantages éventuels et dont une volonté étrangère peut nous priver sont rangés parmi les droits acquis. Le droit acquis et l'expectative changent de caractère et d'aspect à tout instant » (161).

Critiquable dans son extension, le concept de droit acquis l'est également dans sa compréhension. Par les sous-distinctions qu'il comporte et qui ne correspondent pas à sa nature propre, le bien-fondé de la définition principale est perpétuellement remis en cause. M. Roubier relève en effet que la distinction fondamentale n'est plus celle d'abord prévue des droits acquis, et des simples expectatives, mais des droits issus d'une situation légale de ceux issus d'une situation contractuelle (162). Il montre en effet qu'une loi peut s'appliquer immédiatement à un droit acquis d'origine légale, sans être rétroactive. Certes, le droit né du contrat est bien un droit acquis, mais pourquoi lui seul a-t-il le privilège d'être soumis à la loi

(158) Cf. note Cass. civ., 2^e civ., 24 nov. 1955, DS. 1956-164.

(159) *Op. cit.*, I, p. 321, n° 36.

(160) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(161) De VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*

(162) ROUBIER, I, pp. 301 et suiv.

ancienne ? La théorie des droits acquis est impuissante à fournir ici une réponse.

En réalité, la théorie des droits acquis fait fausse route et le critère est inutilisable à cause de la mauvaise orientation subie au départ. L'exacerbation donnée à la théorie par Laurent (163) et Huc (164), qui substituent à la distinction des droits acquis et des expectatives celle des droits et des intérêts, par Struve qui en arrive à écrire que tout droit est nécessairement acquis (165), par Valette pour qui tout se ramène à distinguer les fortes, des faibles attentes (166), montrent que l'aspect temporel a été perdu de vue au profit d'une protection de certains droits subjectifs. C'est à ce propos que de Vareilles-Sommières peut écrire qu'« il nous semble que les jurisconsultes ont confondu ici, dans une large mesure, la question de justice et celle de rétroactivité. Ce qu'ils rangent parmi les droits acquis, ce sont en fin de compte, des droits que le législateur a, en principe, le devoir de respecter, parce que nous ne les tenons pas de lui, mais de Dieu, de notre nature... Et ils ne voient pas que, si la loi nous enlève sans nécessité un de nos droits essentiels, un de ceux qu'ils placent parmi les droits acquis..., ce n'est pas de rétroactivité qu'elle se rend coupable, mais d'iniquité. »

Si des solutions tirées de la notion de droit acquis ont coïncidé sur quelques points avec les solutions traditionnelles données intuitivement et sans justification doctrinale par la pratique, dans bien des cas, la théorie des droits acquis s'est signalée par son insuffisance.

Göppert a montré ainsi que la théorie des droits acquis était parfaitement inapplicable en droit pénal (167). M. Roubier a indiqué, pour le seul droit civil, un certain nombre de cas où l'explication par la théorie des droits acquis n'est pas satisfaisante (168).

Elle est impuissante à expliquer pourquoi le droit conditionnel ou le droit révocable seront considérés comme acquis. On ne pourra le justifier qu'en vidant le terme acquis de son habituelle signification juridique, pour lui conférer la portée d'une localisation du droit dans le temps.

De même le droit acquis est inapplicable au régime transitoire

(163) LAURENT, *Principes de droit civil*, pp. 213 et suiv.

(164) HUC, *Comment théor. et prat. C. civ.*, I, pp. 59 et suiv.

(165) *Op. cit.* Cf. ROUBIER, I, p. 304. Pour montrer, il est vrai, le caractère inutilisable du critère.

(166) VALETTE, *Une nouvelle interprétation de l'article 2 du Code civil*, Thèse Lyon, 1908.

(167) GÖPPERT, « Das princip : Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, geschichtlich und dogmatik entwickelt », in *Jhering's Jahrbücher XXII* (année 1882), pp. 1 à 106. Ouvrage en partie traduit dans la thèse de VALETTE, Lyon, 1908.

(168) ROUBIER, *op cit.*, p. 31, n° 36.

d'une situation en cours de constitution comme en matière de prescription par exemple. Comment expliquer en effet que la loi nouvelle abrogeant une cause de suspension de prescription ne saurait s'appliquer à la suspension antérieure d'une prescription dont le délai n'est pas écoulé. Peut-on vraiment parler d'un droit acquis par le prescrivante (169) ? Ce qu'on peut dire, c'est que la suspension réalisée sous l'empire de la loi ancienne demeure acquise : mais encore une fois ici par droit acquis, il faut plutôt entendre une prétention localisée sous l'empire de la loi ancienne.

C'est donc en forçant les termes qu'on parvient à justifier cette permanence de la dénomination de droit acquis à travers les hypothèses qui semblent l'exclure en regard de la définition primitivement donnée.

45. — C'est toutefois la constatation de cette permanence qui nous semble révéler chez les doctrinaires des droits acquis une certaine intuition de ce qui nous paraît être l'élément fondamental du système de conflit : la localisation dans le temps. Ce point reste à examiner dans le cadre d'une étude sommaire de la portée de la théorie des droits acquis et de la critique qui vient d'en être faite.

Il conviendra ensuite de préciser que la confusion de départ entre le droit acquis et le droit subjectif révèle un aspect frustratoire de l'effet rétroactif dont les incidences expliquent le subjectivisme qui intervient dans la définition de la rétroactivité, surtout en ce qui concerne les effets des lois sur les situations en cours. Il sera enfin rappelé que le caractère inconsistant de la définition des droits acquis, a permis à la jurisprudence, comme à certains auteurs, d'utiliser ce vocable sans qu'on puisse en conclure à une prise de position doctrinale et qu'en fait son adoption n'est pas incompatible, vu son imprécision, avec les théories de solution du conflit qui la combattent ou qui l'ignorent.

On peut penser en effet que la théorie des droits acquis révèle un effort de recherche dans le sens de la localisation des faits juridiques et si nous éprouvons le besoin d'insister sur ce point, c'est qu'il nous a semblé que la détermination précise du moment où se passe tel fait révélateur de l'activité humaine est fondamentale en droit transitoire. La place n'est pas encore venue de préciser ce qu'on entend par la notion de localisation et l'utilité qu'on peut en tirer pour la solution du conflit des lois dans le temps. Ce que nous entendons démontrer, c'est que les théoriciens des droits acquis, en dépit de leur attitude

(169) Peut-on parler de même d'un endroit acquis à la nullité d'un acte sous l'empire de la loi ancienne ?

paraissant ignorer la catégorie temps, ont eu souvent l'intuition du procédé et ont parfois montré l'usage que l'on pouvait en faire; et la démonstration n'en sera que plus probante de rechercher chez les plus anciens auteurs des droits acquis les traces d'une recherche en faveur des localisations.

Nous citerons à cet effet quelques extraits de l'ouvrage de Mailher de Chassat qui paraissent refléter cette tendance. « Les concessions de la loi embrassent l'homme, ses actions et ses propriétés... Tant que ces concessions n'ont pas été transformées en droits acquis, par l'effet de stipulation ou de certains faits consommés, et mises dès lors hors des atteintes de la loi postérieure, elles demeurent, comme je l'ai dit, dans le domaine législatif; et il est du pouvoir d'une telle loi de retirer, de modifier ou d'anéantir sans effet rétroactif, ce qui a été concédé à titre de pure faculté, par la loi précédente » (170). « ... Pour ramener à un point précis les divers éléments de la doctrine relative aux droits acquis et à la puissance réelle de la loi, en matière d'effet rétroactif, il faut dire que ces droits résultent toujours de faits accomplis ou consommés; qu'ils peuvent avoir leur source dans une concession directe de la loi à laquelle s'est uni un fait qui en réalise le but, comme, par exemple, que par l'effet d'un testament, ou même de la loi seule sur la tête d'un autre individu; mais qu'en général le fait résultant de stipulations privées, expresses ou tacites, offre le caractère le plus certain des droits acquis contre lesquels toute loi postérieure est impuissante » (171).

Comme éléments à retenir d'une ébauche des localisations dans le temps, nous avons tiré l'idée qu'il existe des dispositions générales abstraites, que les individus transforment par l'effet d'une concrétisation en s'en appropriant l'usage, en réalisant à leur profit les virtualités qu'elles représentent. Et n'est-il pas une matière où cette concrétisation est la plus visible si ce n'est celle du « contrat, expression civile de l'accord de deux volontés », qui « s'applique à toutes les matières de droit; or, ces matières avant de devenir l'objet propre des stipulations privées, sont essentiellement et préalablement les matières de la loi », écrit le même auteur (172). Et il poursuit : « Les droits ne sont donc réellement acquis que lorsque la loi abandonnant à l'occasion de certains faits son action perpétuelle sur ces matières, rend les droits dont elles sont l'objet, propres aux individus qu'ils concernent. » Et Mailher de Chassat entrevoit les conséquences de

(170) *Op. cit.*, p. 183.

(171) MAILHER de CHASSAT, I, p. 173.

(172) *Op. cit.*, p. 268.

cette localisation encore qu'il les présente toujours comme une résultante de la définition première des droits acquis (173).

La jurisprudence dans les décisions où elle conserve le vocable de droit acquis, procède de même par localisation dans le temps (174). La qualité de ses recherches la conduit à distinguer dans les faits présents, celui qui se confond avec le passé (175).

Toutefois la jurisprudence constitue une démonstration moins nette de l'existence de traces de localisation dans la théorie des droits acquis, car comme nous l'avons laissé entendre, l'utilisation du terme « droit acquis » n'empêche nullement adoption par celle-ci de la théorie des droits acquis, c'est là un second aspect de la portée véritable des critiques adressées à cette doctrine. La plupart de ces décisions sont construites sur l'affirmation de l'effet immédiat de la loi nouvelle, avec comme limite le respect dû aux droits acquis, mais comme le vocable n'est jamais défini dans l'arrêt qui en fait mention et qu'il serait illusoire de lier cette jurisprudence à quelques vieux arrêts qui ont consacré cette doctrine, le terme de droit acquis consacre plus un résultat obtenu que les critères utilisés pour y parvenir (176).

46. — Enfin, il nous semble intéressant de retenir cette explication frustratoire de la rétroactivité telle que l'entendent certains auteurs, partisans de la doctrine des droits acquis, non que nous l'estimions utilisable au point de vue de la technique, mais parce qu'elle reflète assez bien la psychologie des auteurs et des juges. Nous condamnons ce point de départ dans la mesure où il tend à déterminer une règle de conflit dans le temps par l'appel à des notions qui n'entrent pas dans les catégories du temps. C'est néanmoins un élément de déter-

(173) MAILHER de CHASSAT, p. 185 : « Mais dès que l'individu a fait usage de la concession de la loi ; dès que l'acte ou le fait qu'elle détermine pour la formulation d'un droit a été accompli, dans les conditions rigoureuses tracées pour son existence, en telle sorte que la translation de ce droit ait dû nécessairement s'ensuivre, la loi a perdu toute action sur ce fait ; et ce ne serait qu'en blessant des droits acquis qu'elle rétroagirait. »

(174) Cf. notamment Paris, 10 juin 1937, S. 1937.2.223.

(175) Cf. notamment Colmar, 30 juin 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.2.526 ; Cass. civ., 29 déc. 1942, S. 1943.I.69.

(176) Parmi ces arrêts, cf. par exemple Cass. civ., 23 nov. 1938, S. 1939.30 ; Trib. civ. Moulins, 13 juin 1939, *Gaz. Pal.*, 1940.I.52 ; Trib. civ. Valence, 23 déc. 1941, D.A. 1942, S., p. 2 ; Cass. civ., 29 déc. 1942, S. 1943.I.69 ; Montpellier, 1^{er} juillet 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.2.157 ; Trib. civ. Oléron, 30 mai 1939, *Gaz. Pal.*, 1940.I.54 ; Cass. soc., 14 mars 1947, S. 1948.I.9 ; Cass. civ., 16 fév. 1944, *Gaz. Pal.*, 1944.I.206 ; Cass. civ., 1^{er} déc. 1937, *Gaz. Pal.*, 1938.I.108 ; Cass. réun., 13 janvier 1952, S. 1954.I.103 ; Cass. crim., 16 déc. 1954, D. 1955.J.145, rapport PÉRY ; Cour d'appel Paris, 10 juin 1954, D. 1955.6, note PONSARD ; Trib. civ. Pau, 24 avril 1956, DS 1956.363. Cf. toutefois une critique de la théorie des droits acquis dans les conclusions SARRUT, sous Cass. civ., 24 juillet 1917, S. 1917.I.81.

mination de la règle de conflit dans la mesure où en présence d'un élément d'une situation commencée sous l'empire de la loi ancienne, cet élément est susceptible de plusieurs rattachements. Il y a en effet pour les faits présents d'une situation en cours, un doute sur l'existence d'un effet rétroactif à leur encontre, en raison des liens qu'il peuvent avoir avec le passé ou avec le présent et la seule manière de déterminer le bon rattachement est de rechercher lequel d'entre tous les rattachements possibles est le moins frustratoire en regard des intérêts en présence, en situant ces intérêts sur le cours de la durée.

Tel est, à notre point de vue, ce qu'il faut retenir de la théorie des droits acquis. Nous ne nions pas que la portée positive de cette doctrine nous a conduit à solliciter parfois les écrits des auteurs et les décisions jurisprudentielles. Nous n'avons cependant jamais prétendu que les efforts positifs des théoriciens de droit acquis aient été conscients et c'est à cet égard que nous avons parlé à propos de ces résultats, plus d'intuition et de tendances que d'affirmations constructives.

Telle qu'elle a été formulée, la théorie des droits acquis pèche par vice interne de construction, elle recèle en ses flancs les contradictions qui loin d'en affiner le contenu en ont au contraire précipité la ruine.

A partir de la critique des droits acquis, une construction nouvelle s'impose sur des bases et à l'aide de procédés différents. Partant des reproches justifiés adressés à la théorie des droits acquis, elle se fonde au départ sur le souci de résoudre par la seule analyse juridique les questions soulevées par le conflit transitoire, encore qu'elle ne néglige pas en principe de construire ses raisonnements dans le cadre des deux prédominances possibles de la loi ancienne ou de la loi nouvelle.

§ 3. — LES SYSTEMES DE CONFLIT FAISANT APPEL A L'ANALYSE DES SITUATIONS TRANSITOIRES

47. — La théorie des droits acquis partait de la définition d'un concept justifié par une position *a priori* de protection de certaines acquisitions de l'individualisme. La notion première était alors analysée, puis remodelée successivement par les ajustements rendus nécessaires entre la théorie et les solutions de la pratique.

La théorie des droits acquis établie sur la définition, dont on

connaît les vices, s'en tenait là et négligeait, au moins dans son exposé classique de repenser en fonction du temps, le droit acquis.

La théorie des droits acquis, enfin, considérerait l'activité juridique dans la manifestation d'un de ses résultats, l'acquisition d'un droit indépendamment de l'ensemble dans lequel il s'insère. C'est en réaction contre ce triple aspect du résultat de la doctrine des droits acquis qu'une réflexion nouvelle va se développer portant ses efforts sur un approfondissement de l'analyse, un retour à la catégorie temps par la recherche de la position dans le temps des faits en regard du champ d'application des lois, d'un appel à une conception moins atomistique de l'activité humaine, celle qui tient compte d'existence de situations juridiques.

C'est principalement à Savigny que l'on doit l'introduction d'une analyse sérieuse dans la matière des conflits de lois dans le temps (177).

Pour l'éminent auteur du « *Traité de Droit romain actuel* », seule une analyse de la nature propre des rapports de droit permet de préciser sous l'empire de quelle loi il convient de les placer (178).

De même qu'il n'est pas de nos jours de doctrine en droit international privé qui ne doive quelque chose à Savigny, de même la science du droit transitoire ne commence véritablement qu'avec cette proposition essentielle de Savigny.

L'analyse le conduit à distinguer dans les rapports de droit les règles relatives à l'acquisition de ces droits, de celles relatives à l'existence des droits (179).

Par règles relatives à l'acquisition ou à la perte des droits, il faut entendre celles qui ont trait au rattachement d'un droit à un individu ou à la transformation d'une institution abstraite en un rapport de droit concret. La loi compétente est celle sous l'empire de laquelle s'est réalisée cette concrétisation. Par règles relatives à l'existence des droits, il est fait allusion aux lois qui consacrent l'existence d'une règle ou d'un complexe de règles abstraites qui n'ont pas fait l'objet d'un rattachement ou d'une transformation au sens exposé à propos de la première série de règles. Ces règles perdent tout effet avec l'apparition de la loi nouvelle.

La critique de cette construction n'a pas été aisée et l'on verra par la suite tout ce dont le système proposé lui est redevable (180).

(177) On fera la même observation pour le conflit dans l'espace. Cf. BATIFFOL, *Traité*, T. I^{er}, n° 237, p. 284.

(178) Cf. SAVIGNY, *Traité*, T. VIII, § 348, cité par BATIFFOL, n° 237, p. 286 ; « Il faut déterminer pour chaque rapport de droit le système juridique auquel ce rapport appartient d'après sa nature propre. »

(179) Cf. SAVIGNY, T. VIII, pp. 5 et suiv., pp. 375 et suiv.

(180) Cf. une critique de la thèse de SAVIGNY, chez PACCHIONI, vol. I, chap. XIV, pp. 218 et suiv.

M. Roubier (181) lui a reproché de justifier l'exclusion de la loi nouvelle à l'aide de la notion de droit acquis. C'est exact, mais déjà chez Savigny, le droit acquis « n'est plus que le pavillon qui couvre la marchandise », et les solutions qu'il propose n'ont d'autres fondements véritables qu'une analyse très poussée des rapports de droit.

Le même auteur lui a reproché également de ne pas avoir eu recours à la théorie de la survie pour justifier le maintien de l'application de la loi ancienne au contrat. Nous tenterons de démontrer plus loin qu'une localisation du rapport de droit suffit à rattacher tel des éléments d'une situation à la loi ancienne ou nouvelle, à partir du principe de non-rétroactivité et sans qu'il soit nécessaire de poser la survie de la loi ancienne comme exception au principe de l'effet immédiat.

M. Roubier lui reproche également de ne pouvoir assurer par la distinction qu'il propose le maintien des majorités acquises sous l'empire de la loi ancienne, ce qu'il admet pourtant. Et, si la critique nous semble justifiée, c'est plus dans sa portée que dans son principe. Le critère de localisation qui doit entraîner l'application de la loi ancienne ou de la loi nouvelle est très imprécis et un doute pèse sur son contenu exact. Une étude du fait par rapport au champ d'application des lois aurait été nécessaire ici pour étayer l'analyse de Savigny, dont la recherche pourtant fructueuse, l'a conduit à un critère de conflit trop abstrait et trop imprécis (182).

48. — Cette notion du fait considérée dans sa situation dans le temps par rapport aux lois successives a été dégagée, et nous voyons qu'elle s'imposait en raison de ce que son absence, avons-nous déjà dit, retirait toute assise temporelle à la théorie des droits acquis, mais également parce que l'analyse des rapports de droit ne pouvait sans elle conduire à un critère de localisation sérieux.

La notion de fait a d'abord été retenue par réaction contre la théorie des droits acquis qui était incapable d'expliquer pourquoi certaines expectatives qui s'étaient présentées sous l'empire de la loi ancienne, ne pouvaient voir leur résultat remis en cause par la loi nouvelle.

(181) *Op. cit.*, pp. 304 et suiv., n° 34.

(182) Un des autres mérites de l'œuvre de SAVIGNY est d'avoir vidé le D.I.P., comme le droit transitoire, de toute conception tendant à faire prévaloir pour la solution du conflit des notions étrangères au conflit, telle que celle tirée de la souveraineté des états ou de la protection des droits subjectifs. C'est un des mérites que lui reconnaît M. BATIFFOL lorsqu'il écrit : « ... C'est là qu'apparaît l'équilibre de sa position, il se préoccupe non pas des intérêts ou devoirs des Etats, mais de la localisation des rapports de droit... il cherche à rattacher objectivement chaque institution à la loi qui lui convient... » (*Traité*, p. 286, n° 237).

C'est ici que Chironi (183) propose de remplacer la notion de droit acquis par celle d'actes accomplis. Malheureusement la définition du fait qu'il donne est trop restrictive, puisqu'il limite les manifestations d'activité déroulées sous l'empire de la loi ancienne à la création d'une action en justice. Or il est certain que si l'action en justice est une condition suffisante de localisation, elle n'est pas nécessaire (184).

Vareilles-Sommières propose que l'on tienne compte de la seule situation dans le temps des faits et qu'on leur applique la loi de leurs survenance (185).

Il a su mettre en évidence qu'une loi est rétroactive, non seulement lorsqu'elle « efface dans le passé les effets déjà produits d'un acte ou d'un fait antérieur », mais également lorsque c'est à raison d'un fait passé qu'une loi nouvelle modifie une situation actuelle (186). Toutefois, l'analyse de Vareilles-Sommières, excellente sur les conclusions à tirer de la localisation demeure assez imprécise sur les critères de cette localisation. De plus, elle donne une place prépondérante à la détermination dans le temps des seuls faits juridiques, indépendamment des ensembles auxquels ils peuvent se rattacher. Sa construction est valable pour les constitutions de situation juridique, qui se résument généralement à un fait: il n'y a plus de localisation possible, donc de détermination de la loi applicable, dès qu'il s'agit d'un fait relatif aux effets d'une situation juridique (187).

Il s'impose donc de reconsidérer le fait dans l'ensemble auquel il se rattache, c'est ce qui est obtenu lorsque l'analyse est orientée vers l'étude des situations juridiques. L'analyse des situations juridiques tendra à partir des résultats obtenus quant aux caractères des éléments analysés, à définir le régime juridique applicable. C'est une méthode couramment utilisée pour définir l'application à des situations intermédiaires entre le droit public et le droit privé, d'un régime de droit public ou de droit privé. On pourrait être enclin à partir d'une analyse très générale des situations, tentée d'un point de vue parfaitement étranger au droit transitoire, à en arriver à concevoir des applications de l'analyse obtenue dans différents

(183) CHIRONI, *Della non retroattività della lege in materia civile* (1885). Cf. ROUBIER, p. 360, n° 40; PACE, p. 261, n° 79.

(184) Cf. une opinion voisine de celle de CHIRONI, chez HUC, *op. cit.*, n° 59.

(185) VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, pp. 492 et suiv.

(186) Cf. chez GÖPPERT, « Das Prinzip : Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, geschichtlich und dogmatik entwickelt », *op. cit.*, qui a su également dégager la notion de l'effet juridique d'un fait en regard de la loi applicable.

(187) Une théorie de SCHEURL, selon M. ROUBIER, conduit à une conclusion analogue en raison du défaut de prise en considération des situations juridiques; *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, *op. cit.*, p. 358.

domaines et tout particulièrement à propos du conflit transitoire. C'est dire que s'intéresseront indirectement à nos recherches certains spécialistes du droit public qui ont construit une théorie générale de la situation juridique.

Mais l'analyse des situations juridiques peut également être tentée au niveau du conflit transitoire, comme élément tendant à faire prévaloir dans chaque question soulevée soit l'application de la loi nouvelle, soit celle de la loi ancienne.

La première procède d'un souci d'organisation générale du droit, la seconde d'une tendance plus modeste de préciser les raisons de l'application d'une loi plutôt qu'une autre. Les deux positions s'inscrivent simultanément toutefois, en réaction contre l'atomisme juridique auquel étaient confinées et la théorie des droits acquis, comme nous l'avions annoncé au début, et la théorie des *facta praeterita* dont les insuffisances ont montré la nécessité d'un recours à l'analyse juridique des situations pour la solution du conflit de lois dans le temps.

Nous consacrerons la première partie de nos développements à l'application au droit transitoire d'une théorie générale de la situation juridique, nous passerons ensuite à l'analyse des situations juridiques utilisée à l'appui de la règle de survie ou de la règle de l'effet immédiat. Nous essaierons en conclusion de faire la part de ce qui sera utilisé avec profit dans la suite de notre travail.

A. — APPLICATION AU DROIT TRANSITOIRE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SITUATION JURIDIQUE.

49. — Léon Duguit et Gaston Jèze, dans le cadre d'une recherche plus générale du contenu de la notion de situation juridique, ont prévu une série de conséquences des qualifications données à ce concept, susceptibles de recevoir des applications en droit transitoire.

On sait que chez Duguit, la critique et le rejet définitif de la notion de droit subjectif sont compensés par la théorie de l'Etat de Droit, marquée par la soumission des gouvernements aux principes sans lesquels il n'est pas de régime démocratique possible. Duguit va dans l'hypothèse du mépris des règles dont l'application constitue l'Etat de Droit, jusqu'à prôner une sorte de résistance passive (188). Le principe de non-rétroactivité s'inscrit dans le cadre de ces fondements nécessaires de l'Etat de Droit. Il demeure à préciser comment

(188) Cf. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, p. 180; sur l'esprit de la désobéissance aux lois, cf. RIPERT et BOULANGER, I, p. 123, n° 272.

une loi peut être rétroactive, en dehors d'une rétroactivité expresse et exceptionnelle due à des circonstances particulières. L'analyse de Duguit portant sur les situations juridiques fournira le critère permettant d'éliminer les conséquences rétroactives de l'application des lois nouvelles.

Le point de départ chez Jèze est le même quoique plus positif. Il analyse la situation juridique et propose comme l'une des conséquences qui en résultent un critère de détermination des cas de rétroactivité. On notera chez Duguit, comme chez Jèze, une ignorance systématique du problème du conflit. Il ne s'agit pas chez les deux éminents publicistes de dire quelle loi est compétente, de la loi ancienne ou de la loi nouvelle, pour régir tel effet d'une situation juridique donnée, mais seulement de préciser qu'une loi ne peut atteindre sans rétroagir tel type de situation juridique. Ils sous-entendent plus qu'ils ne conçoivent clairement la succession de lois différentes dans le temps, et pour un grand nombre de cas, il est inutile d'insister sur cette succession sans effet sur certaines situations.

Pour Duguit (189), c'est la distinction des situations juridiques individuelles ou subjectives et des situations légales ou objectives qui permettra de préciser quand la loi nouvelle sera rétroactive.

Les situations individuelles ou subjectives sont celles qui résultent de manifestations individuelles de volonté : on ne peut donc, sans atteindre la cause profonde de ces situations, faire régir par la loi nouvelle les effets de ces situations commencées sous l'empire d'une autre loi.

Au contraire, les situations légales ou objectives, dérivant directement de la loi, encore que dans l'hypothèse de l'acte condition, un acte volontaire soit nécessaire pour entraîner l'application du statut, supportent l'action de la loi nouvelle.

Les raisons de cette différence de régime tiennent au caractère particulier et individuel de la situation subjective, appropriée par un individu et limitée à lui (190). La loi n'a été ici que le témoin de la naissance de cette situation, créée par un acte de volonté individuelle, c'est dire qu'une loi postérieure ne peut pas avoir plus d'effet sur elle. La situation objective est d'une nature toute différente. Il peut y entrer un élément volontaire, comme il peut en être absent. Le fait de la naissance par exemple entraîne une situation objective dérivant directement de la loi. L'introduction d'un élément volontaire

(189) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, §§ 21, 16 et 26. Egalement sur le problème de la rétroactivité des lois interprétatives, article in R.D.P., 1910.

(190) Cette idée de limitation trouvera plus loin son emploi. Cf. *infra*, pp. 216 et suiv.

ne détruit pas le caractère de situation objective, lorsque l'adhésion individuelle n'a pas pour effet de définir le contenu de la situation qui va en résulter (situation subjective), mais n'est que l'occasion, la condition de l'application d'un régime juridique prévu.

C'est un état d'esprit voisin que l'on retrouve chez Jèze, dans la distinction entre la situation juridique légale soumise aux fluctuations législatives et la situation juridique individuelle (191). La raison de cette distinction repose sur cette constatation que la loi ne procède que par la formulation abstraite et générale de règles de conduite alors que le contenu des situations individuelles est particulier et concret quand bien même cette individualisation aurait été la conséquence de l'application de règles générales et abstraites.

C'est plus chez Jèze le contenu de la situation qui est à retenir pour préciser si la loi peut s'appliquer sans rétroactivité que l'origine volontaire et le contenu de cette situation utilisés simultanément chez Duguit.

Comme situations individuelles, Jèze fournit des exemples qui coïncident avec les solutions de la pratique : la décision judiciaire, le contrat, sont bien des solutions intéressant tel individu déterminé et prescrivant des conduites précises et concrètes. Et c'est d'ailleurs, à notre sens, la supériorité de la doctrine de Jèze sur celle de Duguit ; Jèze a bien insisté sur le caractère abstrait des règles formulées qui placent l'individu dans une situation objective. Duguit a trop opposé les situations créées par la loi à celles créées par la volonté des particuliers. C'est ici qu'on comprend mal pourquoi la situation née de l'acte-condition est soumise à la loi nouvelle. Et à cela, on ne peut répondre qu'en « extrapolant » quelque peu la pensée de Duguit et en répondant que c'est en raison de l'existence d'un contenu différent dans les situations. Ce qui ne clôt d'ailleurs pas la discussion, car on se demandera en quoi consiste vraiment cette différence ? Dans les deux cas sont précisées au profit d'un individu déterminé, des règles de conduite ; dans les deux cas, antérieurement à la création de ces deux situations, il n'existait qu'une situation abstraite que les particuliers ont par la suite réalisée à leur profit.

En réalité, le rôle donné à la situation subjective a involontairement chez les auteurs répondu à une double préoccupation propre à la doctrine transitoire. 1° Refuser à ce qui s'est passé d'être remis en cause par la loi nouvelle, d'où la nécessité de rechercher les moyens de localiser sous l'empire de la loi ancienne les faits passés d'une situation, c'est ce qu'entend Jèze à propos des situations subjectives

(191) JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, pp. 10 et suiv. et articles in *Rev. droit pub.*, 1913, pp. 61 et 220 ; 1916, p. 16 ; 1924, p. 157.

concrètes (par exemple une décision judiciaire). 2° Justifier l'application aux contrats de la loi ancienne.

Comme l'a fait remarquer M. Roubier, pour ce dernier point, s'il y a lieu à une assimilation des situations subjectives au droit de créance, la création du concept de situation subjective est d'abord inutile, ensuite elle ne cadre plus avec sa définition de départ car il existe des droits de créance d'origine légale.

Sur le premier point, la distinction des situations légales et individuelles ne vaut pas mieux, car si c'est le caractère concret qui caractérise la situation individuelle et justifie la non-application de la loi nouvelle, le recours à l'origine de ces situations a été inutile puisque le contenu concret de ces situations est indifférent à la détermination de leur origine légale ou individuelle.

Dans les deux cas, c'est l'introduction dans le concept d'éléments étrangers à sa définition d'origine qui est la marque de la méthode suivie et qui est la plus sûre critique que l'on puisse lui faire. Ces éléments résultent de la prise en considération du problème soulevé à travers la catégorie temps, dont nos publicistes ont oublié l'importance, en raison du point de départ parfaitement étranger à notre matière, de leur analyse de la situation juridique.

Cet écueil sera évité par les auteurs qui auront su replacer l'analyse des situations juridiques dans le cadre de l'effet des lois dans le temps.

B. — L'ANALYSE DES SITUATIONS JURIDIQUES APPLIQUÉE A LA RÈGLE DE CONFLIT.

50. — C'est replacée à l'intérieur de la théorie du conflit dans le temps que l'analyse des situations a été utilisée avec profit par les auteurs les plus récents.

C'est à l'appui d'un sentiment profond chez ces auteurs que le conflit doit être résolu de préférence dans un sens déterminé, étayé d'ailleurs par des considérations d'ordre général, qu'il sera fait usage de l'analyse. La règle de survie de la loi ancienne n'a plus de nos jours devant le réformisme législatif qu'une audience très restreinte. La règle de l'effet immédiat, au contraire, semble être la seule qui permette de concilier le souci des transitions nécessaires, imposé par le principe de non-rétroactivité, avec le rythme d'une série d'événements que le législateur ne suit déjà qu'à grand-peine.

Nous montrerons successivement le rôle de l'analyse des situations juridiques dans les systèmes de conflit inspiré par le principe de survie et le principe de l'effet immédiat.

51. — Bonnecase fait un très large appel au principe de survie de la loi ancienne. La conception personnelle qu'il a de la rétroactivité, en ce qui concerne les effets des situations en cours, le conduit à retirer plus d'une fois toute efficacité à la loi nouvelle (192). Pour cet auteur, en effet, « régir une situation qui existait avant elle » signifie pour une loi nouvelle, « s'attaquer au passé, et par conséquent rétroagir » (193).

On conçoit évidemment que des limites se doivent d'être apportées au principe de survie, tant l'imbrication des situations juridiques contemporaines et successives conduirait à découvrir dans toute situation un lien avec le passé, tant il est impossible de considérer quelque forme de l'activité humaine sans y faire la part de l'histoire.

Pour limiter les effets dans le présent de la loi ancienne, Bonnecase propose de distinguer les situations juridiques concrètes des situations juridiques abstraites, opposition que nous avons déjà rencontrée dans les travaux de Jèze. Elle se complète ici d'une analyse de la situation, compte tenu de la catégorie temps, attitude qui se retrouve notamment dans l'étude de la situation en cours de constitution. Bonnecase considérant, par une opposition formelle avec la théorie des *facta praeterita*, la situation juridique dans son ensemble, refuse toute conséquence aux faits constitutifs d'une situation, même antérieure à la loi nouvelle. C'est ainsi qu'il estime que la loi nouvelle peut agir sur les situations en cours de constitution. Une telle position va évidemment à l'encontre des solutions élaborées depuis longtemps par la pratique en matière de droits conditionnels ou de prescription, pour ne pas s'en tenir qu'à ces deux exemples. Nous voyons ici les excès d'une conception d'ensemble de la situation juridique. Cette conception d'ensemble a été nécessaire pour justifier une certaine cohésion propre à expliquer les liens avec le passé de tel élément actuel de cette situation. Elle conduit réciproquement à retirer le bénéfice de l'application de la loi ancienne dès lors que cette cohésion n'est pas réalisée par la constitution parfaite de la situation.

De plus, l'analyse des situations en abstraites et en concrètes telle qu'elle est présentée, n'est que l'introduction artificielle dans un système de conflit d'une distinction qui, transposée en droit transitoire, veut à la fois tout dire et ne rien dire.

En effet, énoncer que la situation juridique est abstraite, c'est dire qu'elle n'existe pas, qu'elle se résout en une éventualité d'utilisation des règles générales, c'est revenir à la théorie des expectatives.

(192) BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE, 1925, T. II, p. 230.

(193) BONNECASE, *op. cit.*, p. 234.

On peut alors se demander ici où est le conflit, où est la difficulté, dès lors que la situation juridique abstraite se caractérise précisément par une absence de lien avec le passé : c'est ce qu'il fallait démontrer qui est inclus dans la proposition, et la situation juridique abstraite n'est plus qu'une tautologie. Ou la situation juridique abstraite révèle une absence de lien avec le passé, auquel cas le conflit ne se pose pas et dire qu'elle est soumise à la loi nouvelle revient à proclamer une évidence dont nul ne doute. Ou bien, au contraire, la situation juridique abstraite révèle un lien avec le passé, mais on ignore quel est ce lien qui unit les éléments de la situation juridique. Quant à la situation juridique concrète, elle suppose évidemment l'existence du conflit, mais la distinction ayant été déséquilibrée par l'élimination d'un de ses deux éléments, la notion de situation juridique concrète est impuissante à préciser les modalités d'application de la loi ancienne et il est alors nécessaire de recourir à un autre procédé. En réalité, ce qu'il faut retenir dans l'idée de Bonnecase, c'est qu'il existe des situations dont les éléments constituent des réalisations de virtualités offertes aux titulaires de ces situations, alors que d'autres éléments de ces mêmes situations révèlent des possibilités, des éventualités, mais dont la réalisation n'avait pas fait l'objet d'une question jusqu'à ce jour. Il y a là, sous-jacente au thème développé par Bonnecase, l'idée fondamentale d'actualisation, critère de localisation dans le temps.

Et si le critère que nous propose Bonnecase est, sur le plan logique encore assez utilisable, il demeure insuffisant sur le plan pratique, puisque l'auteur se doit de le compléter par un singulier appel à la notion de lésion.

Bonnecase propose, en effet, que la loi ancienne ne s'applique qu'autant que les bénéficiaires d'avantages anciens peuvent se trouver lésés du fait de la loi nouvelle. Et il donne en exemple que la loi nouvelle peut enlever leurs prérogatives aux titulaires des droits de puissance paternelle ou de tutelle. Justifier cette solution par un appel à des notions patrimoniales est aux antipodes non seulement du droit transitoire, mais également du droit civil (194). Ensuite, la notion d'avantage n'étant pas précisée, on peut se demander dans quelle mesure une limite quelconque est apportée à la survie de la loi ancienne (195).

(194) Cf. ce qu'en dit M. ROUBIER, T. I^{er}, pp. 336-337, n° 37.

(195) Cf. M. ROUBIER, I, p. 338, qui relève que la loi nouvelle risque d'être dans la plupart des cas dépourvue d'efficacité. Par exemple, une loi retirant la propriété du lit du fleuve aux riverains, décidant que les offices ministériels sont des immeubles ne s'appliquera-t-elle que pour les offices à créer ou les rivières nouvelles à se former ?

Le principe de survie ne peut se concevoir qu'avec des limitations, et on n'aurait pu penser qu'elles auraient été déterminées à l'aide d'une analyse juridique des situations. L'effort tenté par Bonnecase fait douter ici de la possibilité de succès d'une telle entreprise.

52. — L'effet immédiat de la loi nouvelle ne se conçoit également qu'avec des réserves relatives à une survie éventuelle de la loi ancienne dans certaines hypothèses. Et le rôle du juriste qui a proposé le principe de départ de l'effet immédiat sera de tenter de rechercher dans une analyse des situations juridiques un critère lui permettant de définir les exceptions à l'application de la loi nouvelle.

Un premier effort dans ce sens est perceptible chez deux auteurs déjà anciens, Weber et Bergmann, qui, proposant l'effet immédiat de la loi aux situations en cours, estiment toutefois qu'il convient de distinguer parmi les effets de ces situations ceux qui, passés sous l'empire de la loi ancienne, ne doivent pas être régis par la loi nouvelle, sous peine de rétroactivité (196).

Mais c'est avec l'œuvre de M. Roubier que l'on rencontre l'utilisation la plus harmonieuse de l'analyse des situations juridiques dans le conflit transitoire. L'analyse sera surtout conduite ici dans une perspective de solution d'un conflit dans le temps et sans idée préconçue tenant à une conception plus générale des situations juridiques, erreur commise par Jèze et par Duguit. Le présent travail doit trop à l'œuvre de M. Roubier pour qu'il soit nécessaire de l'exposer ici en détail, sous forme d'un résumé nécessairement déformant ou d'une paraphrase qui n'aura jamais l'élégance de son modèle. Notre propos est de replacer l'œuvre de l'éminent doyen au terme d'une évolution de la pensée juridique, à un moment où les méthodes et l'esprit du droit transitoire ayant été dégagés, il reste à proposer une explication sur cet acquis. On montrera simplement dans ce chapitre consacré aux données du conflit, comment l'œuvre de M. Roubier révèle une conception de l'analyse juridique propre au droit transitoire.

La théorie de M. Roubier a pour point de départ une conception originale de la rétroactivité en regard de situations en cours qui conduit cet auteur à une distinction fondamentale chez lui entre

(196) WEBER, *Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze*, et BERGMANN, *Das Verbot der wirkenden Kraft neuer Gesetze, im Privatrecht*, chez lesquels l'adoption du principe de l'effet immédiat s'explique par la réaction qui a suivi l'occupation napoléonienne tendant au rétablissement rapide dans les pays germaniques des droits nationaux. Cf. ROUBIER, I, pp. 302, n° 34.

l'effet immédiat et l'effet rétroactif. C'est ici que commence à intervenir, pour préciser la distinction, l'analyse des situations juridiques.

L'effet rétroactif étant exclu par l'article 2, il pose comme principe de solution l'effet immédiat de la loi; c'est également ici qu'on a, à nouveau, recours à l'analyse des situations juridiques en regard du champ d'application dans le temps de la loi nouvelle. Les raisons qui avaient poussé l'auteur à promouvoir l'effet immédiat sont les mêmes qui le conduisent *a contrario* pour justifier l'application exceptionnelle de la survie de la loi ancienne, à quitter le terrain de son analyse originale des situations pour reprendre une opposition plus classique entre les situations contractuelles et les situations légales.

L'effet de la loi sur les situations juridiques n'est pas le même suivant le point de vue dynamique ou statique auquel on se place.

S'il s'agit d'apprécier la constitution d'une situation antérieure, la loi applicable ne peut être que la loi en vigueur au moment où le fait constitutif de la situation s'est passé. La loi nouvelle ne saurait être utilisée ici sans remettre en question la qualification donnée par la loi en vigueur au fait en question.

S'il s'agit de rechercher quelle est la loi applicable aux effets d'une situation juridique, M. Roubier propose de distinguer selon qu'il s'agit d'effets à venir ou d'effets déjà produits.

M. Roubier décide alors que la loi qui modifie les effets à venir a un effet immédiat sur les situations en cours, alors que celle qui modifie les effets passés à un effet rétroactif. On ne saurait donc reprocher à la loi nouvelle qui agit sur les effets à venir de la situation en cours d'être rétroactive; tout au plus pourrait-on lui reprocher de faire échec au principe de survie, si on se trouve dans les cas exceptionnels où ce principe est préféré à celui de l'effet immédiat.

Si l'effet immédiat est justifié par le souci d'unifier la législation, cette raison disparaît pour les situations juridiques où l'organisation des rapports de droit et surtout leur contenu est plus d'un domaine où se manifeste la liberté d'action des particuliers que du domaine du dirigisme de la loi. Cette constatation conduit M. Roubier à réintroduire dans son analyse juridique qui, jusqu'à présent, ne rendait pas compte de cette différence de traitements quant aux effets des situations, la distinction entre les situations d'origine contractuelle et les situations d'origine légale.

C'est à ces situations d'origine contractuelle qu'il conviendra dans la construction de M. Roubier, d'appliquer la règle de survie de la loi ancienne, introduite ici à titre d'exception à la règle de principe de l'effet immédiat.

53. — On ne rejette pas, tant s'en faut, la justesse de la distinction entre statut contractuel et statut légal pas plus que l'analyse conduisant à séparer les faits présents des faits passés. Nous ne prétendons pas que la distinction entre le statut légal et le statut contractuel ne soit pas fondée en droit transitoire. Mais nous pensons que la distinction ne se justifie en aucune façon pour les opérations et le contenu localisés à l'époque de la loi ancienne. Le critère de rattachement est ici la localisation naturelle des éléments d'une situation à l'époque où ils se sont produits. De plus, la distinction pour les effets à venir des situations antérieures rend compte, il est vrai, dans une très large mesure, des résultats du droit positif, mais a le tort de rechercher dans l'opposition entre contrat et statut légal une justification d'un rattachement différent, laquelle ne peut être trouvée que dans l'analyse proprement transitoire des situations, ce que la plupart des auteurs n'ont pas fait jusqu'à présent. Enfin, dans l'opposition contrat-statut légal, ce que l'on peut critiquer n'est pas qu'à l'origine de la distinction il n'y ait un régime transitoire propre pour le contrat, mais que le contenu du contrat révèle des éléments non-contractuels qui n'en bénéficient pas moins du même régime transitoire que le contrat et qu'il peut se trouver au contraire des éléments proprement contractuels à l'origine qui perdent cette qualification à l'époque de la loi nouvelle et sont alors soumis à son empire (197). On peut également regretter que la théorie de la survie n'ait été greffée sur celle de l'effet immédiat que parce que l'analyse entre faits constitutifs et faits révélateurs du contenu, des situations ne parvenait à expliquer la solution traditionnelle de l'application aux contrats de leur loi d'origine.

Et si l'analyse pourtant correcte des faits constitutifs et des effets des situations a été inefficace, c'est qu'elle a été apportée à l'appui d'une distinction préalable d'une trop facile clarté entre l'effet immédiat et effet rétroactif. L'effet immédiat, comme le principe de la territorialité en droit international privé, sont des notions claires jusqu'à l'évidence. Elle reflète la tendance du droit des conflits de les voir résoudre conformément à la nature des choses, c'est-à-dire ici suivant le lieu ou le moment où se situent les rapports litigieux. L'effet immédiat comme la territorialité constituent l'indication la plus sûre en faveur du rattachement, soit à la loi de situation d'une chose, soit à la loi de survenance d'un fait.

Là où cette tendance est perdue de vue, là où l'effet immédiat, comme la territorialité, cesse d'être une simple conséquence de la localisation des rapports de droit pour devenir une règle de solution

(197) Cf. *infra*, chap. III, pp. 243 et suiv.

du conflit, on aboutit à la construction d'un système rendu plus ou moins déséquilibré par l'adjonction d'une règle subsidiaire. On conçoit les difficultés que l'on est amené à rencontrer lorsqu'au lieu de considérer l'effet immédiat comme une conséquence du principe de non-rétroactivité, on est conduit à chercher ailleurs que dans la prohibition de la rétroactivité, c'est-à-dire ailleurs que dans la saine localisation des rapports de droit, les raisons de l'application de la loi d'origine aux contrats antérieurement formés. Comment, de plus, justifier que la survie n'est qu'une exception à l'effet immédiat alors que chez d'autres auteurs qui en ont fait la règle principale de conflit, elle n'a pas d'autre justification que de mettre hors d'atteinte de la loi nouvelle, les situations qui paraissent selon ses critères relever de la loi ancienne. L'article 2 du Code civil pose le principe de l'existence du droit transitoire en déclarant que l'application par le juge de la loi en vigueur au moment où il statue ne doit pas aller jusqu'à appliquer une loi nouvelle à des faits passés avant sa promulgation.

L'application immédiate, comme la survie, ne sont que des conceptions subjectives de la détermination de la notion de rétroactivité.

Il nous appartiendra de montrer enfin que l'application de la loi d'origine aux contrats antérieurement formés ne résulte pas ici d'une préférence d'exception en faveur de la loi ancienne, parce que les raisons extra-temporelles qui justifient l'effet immédiat ne sont plus réunies, d'autant plus qu'appliquées au contrat actuel elles sont discutables, mais parce que l'application de la loi ancienne aux effets en cours du contrat est la conséquence d'un rattachement à cette loi, conformément à une localisation des intérêts en présence.

C. — PORTÉE DES SYSTÈMES FONDÉS SUR UNE ANALYSE DES SITUATIONS JURIDIQUES

54. — Il n'y a plus de doute actuellement sur l'efficacité dans notre matière de l'analyse des situations juridiques en présence des lois nouvelles. La théorie des *facta praeterita*, jugée comme bon point de départ, est trop atomistique pour être de quelque utilité (198). Le progrès a consisté au cours de cette dernière période de l'évolution de la pensée juridique à proposer par l'analyse des situations un règlement de conflit original, propre au droit transitoire, tenant compte de la catégorie « temps », à l'instar des auteurs du droit

(198) Cf. toutefois PACE, pp. 291 et suiv., n^{os} 94 et 95, *infra*, p. 94.

international privé qui pensent depuis des siècles, en fonction de la catégorie « espace ».

L'analyse des situations, tenant compte de la catégorie temps pourra également faire apparaître l'inutilité d'une détermination *a priori* de la loi applicable.

La jurisprudence n'est encore ici que d'un assez médiocre secours. En fait, elle se refuse la plupart du temps à prendre part. On parle d'effet immédiat pour justifier l'application de la loi nouvelle, mais en faisant souvent la réserve des droits acquis (199).

On parle également d'effet immédiat pour préciser que l'application de la loi nouvelle à des situations en cours ne va pas nécessairement à l'encontre du principe de non-rétroactivité, ce qui semblerait ici dénoter une influence des travaux de M. Roubier (200).

Quand on sait que les formules les plus précieusement conservées dans nos prétoires finissent par avoir une toute autre signification que le premier usage laissait penser (203), on conçoit que l'étude de notre jurisprudence révèle plus ou moins implicitement un certain éclectisme dans les chemins suivis pour accéder aux solutions attendues (201). C'est, semble-t-il, son rôle, s'il est du nôtre d'être « faiseur de système », même en tant qu'interprète de cette jurisprudence.

55. — Il n'y a pas eu dans la doctrine française, depuis la parution de l'ouvrage de M. Roubier, de travaux comparables par leur spécialisation et leur ampleur. Les auteurs ont néanmoins souvent pris parti sur le problème tant dans des ouvrages plus généraux que dans des travaux plus restreints.

MM. Ripert et Boulanger (202), reprennent en l'accentuant encore la construction de M. Roubier. Jusque dans le plan de leur développement, on reconnaît les trois idées de rétroactivité, d'effet immédiat et de survie. Les modalités d'application du principe de l'effet immédiat sont fondées sur la distinction entre la constitution et l'existence ou le contenu des droits, termes qui rappellent Savigny. Ils sont plus nuancés dans la justification qu'ils portent à l'appli-

(199) Cf. *supra*, arrêts précités, p. 77.

(200) Il s'agit surtout d'arrêts rendus par la Cour de Paris, depuis 1955.

(201) On voit encore au-dessus de signatures très autorisées la théorie des droits acquis citée comme critère de solution du conflit. Cf. notamment R. MAUSS, note sous Paris, 9 mai 1956, DS., 1956.118.

(202) *Traité élémentaire*, T. I^{er}, n^{os} 273 et suiv. pp. 124 et suiv.

(203) Cf. M. LE BRAS (in *Prolégomènes*, p. 17) qui oppose « la flexibilité temporelle des concepts ou des institutions et la fixité dogmatique du vocabulaire et de la typologie ».

cation de la loi d'origine aux contrats antérieurement formés (204). Mais dans l'ensemble, l'opinion de principe en faveur de l'effet immédiat les laisse dans le sillage de M. Roubier.

MM. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière analysent distinctement les deux propositions contenues à l'article 2 du Code civil : effet rétroactif et effet pour l'avenir. Ils conservent la notion de droit acquis, mais en la limitant aux problèmes posés par la création des droits sous l'empire de la loi ancienne. Pour le contenu des situations juridiques, ces auteurs proposent l'effet immédiat, exception faite des contrats. Pour ceux-ci, ils justifient l'effet de la loi ancienne en faisant appel à l'idée très fructueuse qu'il s'agit d'un « lien personnel entre certains individus déterminés » (205).

MM. Marty et Raynaud (206), posent également la nécessité préalable à la solution du conflit « de prendre parti sur l'ampleur qu'il est possible et désirable de donner à l'application de l'une ou l'autre loi », ce qui les conduit au choix du principe de l'effet immédiat (207).

Ils opposent création et contenu des situations juridiques et parmi celui-ci distinguent les effets passés, soumis à la loi ancienne, des effets à venir, régis par la loi nouvelle.

MM. H., L. et J. Mazeaud procèdent à des distinctions entre les procédés d'acquisition du droit et le droit créé et les effets définitivement réalisés avant la loi nouvelle et les effets futurs des situations juridiques. Encore que les auteurs n'insistent pas sur ce point, il y a là une application fructueuse de la méthode de la localisation. Pour justifier l'application de la loi ancienne aux contrats en cours, ils utilisent toutefois l'idée de sécurité des contractants qui ne nous a pas semblé très déterminante (208).

M. Carbonnier (209), semble faire preuve d'un certain éclectisme, ou, tout au moins, d'une certaine impartialité par les développements importants qu'il donne à ce qu'il dénomme fort justement la théorie classique des droits acquis. Sa doctrine, encore qu'elle semble rejoindre les positions des auteurs précédents, rend compte, avec toutefois plus de justesse, de l'absence apparente de position doctrinale dans la jurisprudence.

Parmi les ouvrages spécialisés, et sans pouvoir prétendre en épuiser

(204) M. ROUBIER, cf. *infra*, le propose au nom d'une conception du contrat, instrument de l'individualisation du genre humain. MM. RIPERT et BOULANGER le proposent au nom d'une cohésion du contrat. MM. MARTY et RAYNAUD, cf. également *infra*, apportent une justification tirée de l'équilibre du contrat, pp. 216 et suiv.

(205) Cf. *Cours de droit civil*, T. I^{er}, p. 148, n^{os} 237 et suiv.

(206) *Traité*, T. I^{er}, p. 172, n^{os} 105 et suiv.

(207) *Op. cit.*, p. 175, n^o 106.

(208) Cf. *Leçons de droit civil*, T. I^{er}, p. 162, n^{os} 137 et suiv.

(209) *Manuel de droit civil*, T. I^{er}, p. 90, n^{os} 26 et suiv.

ser la liste, on ne pourra pas passer sous silence les études de M. Vitu sur le conflit dans le temps des lois pénales et de M. Ch. Gavalda sur les conflits dans le temps en droit international privé.

M. Vitu a reporté dans l'étude du droit pénal transitoire l'analyse des situations juridiques mais avec les compléments qu'inspire le caractère particulier de la loi pénale (210). Le travail de M. Gavalda reflète, transposé en droit international privé transitoire les grandes lignes de la construction de M. Roubier, compte tenu, toutefois, du particularisme du sujet et de la richesse de la documentation étrangère étudiée par l'auteur.

56. — Enfin un travail particulièrement important se situe un peu à part des ouvrages qui ont été cités dans ce dernier paragraphe. Tout en marquant un progrès net du droit transitoire, il se situe sur une voie quelque peu parallèle à la doctrine française issue de la critique de Vareilles-Sommières. Il s'agit du *Droit transitoire* de M. Gaetano Pace (211).

La théorie de M. Pace se présente en réaction contre l'application au droit transitoire du concept de situation juridique. L'auteur a repris la classification des trois effets possibles de la loi dans le temps (212). « *Irretroattività* », « *applicazione immediata* » et « *applicazione differita della legge* » ou « *sopravivenza della legge* ». Elle n'aura toutefois sous sa plume qu'une valeur explicative. Il n'y a pas ici de choix *a priori* en faveur d'une survie ou d'un effet immédiat, encore qu'il soit mis l'accent, à juste titre, sur l'application de la loi à compter de sa promulgation (213).

En effet, pour M. Pace, l'essentiel est de définir l'efficacité temporelle de la norme exprimée à un moment donné par la relation entre le rapport de droit considéré et la disposition générale correspondante (214). Seule cette explication rend compte, selon l'auteur de la

(210) Cf. *infra*, pp. 319 et suiv.

(211) *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, avec une préface de M. le professeur ROTONDI, Milano, 1944.

(212) N° 39, p. 124.

(213) N° 95, p. 296.

(214) N° 46, p. 144 : « Si concepisca la norma giuridica come comando di agire o come criterio di valutazione (come giudizio ipotetico), appare certo che nella sua struttura sono visibili due elementi costitutivi : l'ipotesi o fattispecie e la statuizione o disposizione, collegati tra loro da un nesso di causalità giuridica. »

« Designando la fattispecie con F e la statuizione con S, la struttura logica della norma appare a me la seguente : dato F, si ha anche S (cioè : verificatosi F, si verifica anche S). »

« Concependo la norma come comando, F esprime le condizioni del comando, ed S il contegno comandato ; montre concependo la norma come giudizio ipotetico o criterio di valutazione, F esprimerà le condizioni (e quindi anche l'oggetto) della valutazione, ed S la valutazione dell'oggetto. »

meilleure des justifications qu'on puisse donner du principe de non-rétroactivité : le respect du passé (*rispetto del passato*) (215).

Cette relation exprime, en effet, cette idée de localisation que nous entendons mettre au départ du processus de règlement du conflit : elle manifeste ici la forme plus nette de la localisation, celle qui résulte de la concrétisation. Encore que M. Pace n'ait pas mis l'accent sur cette conséquence de sa théorie, nous la croyons représentative de cet effort poursuivi avec constance et souvent avec succès par la doctrine du droit transitoire. C'est toujours par la concrétisation qu'il définit le fait juridique, élément essentiel de son système (216). Cette concrétisation par la relation entre la règle abstraite et le cas considéré (*fattispecie*) permet de définir le critère qui déterminera la loi compétente : la « *condicio iuris* ».

En effet, pour M. Pace, la règle de conflit peut se résumer dans la formule « *tempus regit factum* » (217). Par sa définition et son analyse proprement transitoires du fait juridique, l'auteur estime pouvoir s'en tenir là et il rejette toute utilisation de la notion de situation juridique (218).

C'est à propos des explications relatives à la survie de la loi ancienne que l'on va pouvoir juger du critère proposé. Il fait observer que la loi nouvelle ne peut être que la *condicio juris* de stipulations futures, puisque par hypothèse, les stipulations en cours ont trouvé ailleurs que dans la loi nouvelle leur propre *condicio juris*. La loi nouvelle n'ayant pas compétence à régir le cas considéré, il faut bien le soumettre à la loi ancienne (219). Les lois relatives aux contrats ne s'appliquent immédiatement que si elles contiennent, expressément ou tacitement la *condicio juris* d'un effet futur du contrat (220).

(215) N° 45, p. 140.

(216) N° 91, p. 285 : « ...la concretizzazione della astratta ipotesi della norma (o di una *condicio iuris*) » ; n° 146, p. 507 : « ...fattispecie in concreto di una certa norma giuridica ».

(217) N° 145, p. 503, à propos de la tentative « di riduzione del diritto transitorio comune alla formula *tempus regit factum* ».

M. PACE a très justement signalé les aspects objectifs et subjectifs de la non-rétroactivité (n° 16, p. 516). Cette distinction, comme il l'a montrée, se trouve dans l'histoire des doctrines. La théorie des droits acquis relève des conceptions subjectives (cf. n° 49, p. 160).

(218) N° 95, p. 295.

(219) N° 108, p. 342 : « Le nuove norme sugli effetti dei contratti contengono, in maniera espressa o tacita, la *condicio iuris* della futura stipulazione. E da tale clausola del nuovo diritto che risulta la sopravvivenza del diritto anteriore. Ora, ciò significa che la vecchia legge, per i contratti in corso, non è stata abrogata, giacché l'abrogazione sussiste solo nella sfera in cui la legge nuova e la legge vecchia sono incompatibili : ed in ordine ai rapporti in corso non c'è incompatibilità. »

(220) N° 108, p. 342.

M. Pace se félicite alors d'avoir, à l'aide d'un critère unique, déterminé le champ d'application de lois relevant de domaines divers, tels que le droit réel ou le contrat (221), et ce, d'autant plus qu'il est parvenu à ce résultat par la seule analyse temporelle, abstraction faite, en principe, des éléments substantiels de la norme nouvelle. Cela permet, à l'éminent juriste transalpin, de définir le caractère et les limites du droit transitoire. Le droit transitoire est, selon lui, un des trois aspects possibles de l'analyse juridique. La norme peut être examinée du point de vue matériel, du point de vue spatial, du point de vue temporel. Le droit transitoire ne constitue donc pas une branche matériellement autonome des disciplines juridiques : c'est l'analyse idéale d'un des aspects de l'efficacité des normes de droit (222). En forçant un peu la pensée de l'auteur, on pourrait écrire qu'il n'y a pas de « droit transitoire » mais seulement une « science transitoire ».

On ne peut faire grief à M. Pace d'avoir réduit le droit transitoire à une méthode d'interprétation de la loi nouvelle (223). Son analyse reste typiquement caractéristique d'une prise en considération du facteur temps. Nous ne pensons pas néanmoins que l'efficacité matérielle de la loi se pose dans des conditions parallèles à son efficacité dans le temps et dans l'espace. Ce n'est tout d'abord que dans l'hypothèse du conflit que l'efficacité spatiale ou temporelle est mise en évidence, l'efficacité matérielle postulant la généralité et la permanence de la règle de droit.

Ensuite, l'analyse substantielle de la norme juridique est conduite

(221) N° 143, p. 488 : « ...la differenza tra il diritto transitorio reale e il diritto obbligatorio sta in una normale differenza di struttura delle due specie di norme sostanziali. La norma che pone un nuovo effetto reale ricollega normalmente tale effetto alla mera esistenza di un certo diritto reale ; mentre la norma che pone un nuovo effetto obbligatorio ricollega tale effetto alla nascita di un (nuovo) rapporto giuridico. Strutturalmente, cio importa che le leggi sugli effetti dei diritti reali contengono la *condicio iuris* che un certo rapporto reale esista mentre le leggi sugli effetti delle obbligazioni contengono la *condicio iuris* che un certo rapporto obbligatorio venga a sorgere. » Voilà, semble-t-il, rappelée la distinction de SAVIGNY, reprise par les constructions fondées sur la notion de situation juridique, pourtant rejetée par M. PACE.

(222) N° 116, pp. 363 et suiv. : « ...pare a noi che non si tenga nel debito conto la considerazione fondamentale che l'efficacia materiale, temporale spazial della norma non sono fenomeni autonomi, non sono tre specie di attività ma solo tre aspetti di una identica e unitaria efficacia della norma giuridica. Ne viene il... diritto..., ma quasi una sua sezione ideale, un suo aspetto, l'aspetto temporale. La norma sarebbe come una sintesi di materia — tempo — spazio, di cui, il diritto materiale, il transitorio e l'internazionale privato studierebbero rispettivamente quei tre aspetti essenziali. »

(223) Cf. PACCHIONI, *infra*. M. PACE en a d'ailleurs fait la critique, n° 51, n° 51, p. 165.

par les procédés scientifiques de l'interprétation, qui, mise à part l'exception d'ailleurs remarquable du Code civil Suisse de 1907, n'ont pas fait l'objet d'une formulation normative (224).

Les conflits de lois dans le temps et dans l'espace conduisent au contraire à l'élaboration de véritables règles, non plus scientifiques, c'est-à-dire de l'ordre de la connaissance du phénomène juridique, mais normatives, c'est-à-dire de l'existence d'une règle de conduite.

Cette conception du droit transitoire a conduit M. Pace à ne pas prendre en considération la confrontation des normes de conflit avec le milieu juridique. Ainsi ont été masquées par une qualification trop exclusive du caractère de la règle de conflit, les mutations qu'elle révèle dans le temps comme dans l'espace. Ces mutations justifient, comme nous le verrons, les solutions proposées en matière de qualification, de renvoi et d'ordre public (225). L'analyse transitoire doit bien conduire à isoler l'aspect temporel ou spatial de la norme juridique mais il ne faut pas perdre de vue qu'elle aboutit à l'élaboration d'une règle de conflit dans l'espace et dans le temps, caractérisée à son tour par une substance propre, soumise aux mutations habituelles de toute règle de droit. L'abstraction est une attitude indispensable à la science juridique; la limite de son utilisation se trouve dans la perte de tout contact avec la réalité.

Il semble que ce grief explique que la théorie du « *factum* », chez M. Pace, ne nous satisfasse pas pleinement. La perception du fait est déjà un effort d'abstraction : comme le disait Alain, il faut être très savant pour percevoir et concevoir un fait. Le fait est un instantané du « *mouvant* », dont le contenu dépasse ce que permettrait d'en connaître la cause immédiate, et dont le potentiel de conséquences connues va bien au-delà de ce que concrétise le moment présent. L'examen d'un fait passé au moment présent, constitue également un fait, conséquence du fait passé et l'analyse transitoire aura précisément pour objet de délimiter les conséquences propres à chacun de ces faits pour en tirer la loi applicable. Il est donc délicat de considérer le fait indépendamment de l'ensemble plus ou moins

(224) L'article 4 du Code Napoléon semble bien imposer au juge la recherche scientifique par la sanction du déni de justice. Elle n'en définit toutefois pas juridiquement le contenu. Sur ce point, d'ailleurs, le Code helvétique reste lui-même assez imprécis, ce qui se conçoit d'ailleurs aisément (cf. art. 1^{er}, alinéa 2).

Cf. également les directives d'interprétation très précises données en Angleterre par les Interpretations Acts de 1850 et 1889, citée par M. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, p. 111.

(225) A cet égard, M. PACE ne semble pas avoir tiré tout le parti possible de l'analogie entre le droit international privé et le droit transitoire.

cohérent dans lequel il s'insère (226). Il est en un mot bien difficile de se passer de la notion de situation juridique. Elle explique le lien des faits entre eux : elle introduit dans le domaine transitoire une conception dynamique qui tient compte des transformations que subissent les faits eux-mêmes. Ce n'est qu'en fonction de la notion de situation juridique qu'on peut distinguer les faits créateurs des faits révélateurs de contenu dont la localisation est différente. M. Pace a utilisé lui-même cette distinction pour expliquer les différences apparentes entre les régimes transitoires réel et contractuel (227).

Le lien du fait présent au passé rend impuissante comme nous le verrons, la localisation par concrétisation. Et, par-delà le fait considéré, il est nécessaire de rechercher ce qui permet de rattacher les éléments d'une situation qu'il se borne à révéler, à la loi ancienne ou à la loi nouvelle.

57. — Au moment où nous nous efforçons de réunir les éléments d'un système, il importe de faire le bilan de ces données du droit transitoire.

Sur le plan législatif, les textes, reprenant une règle d'origine morale, longtemps restée coutumière, ont proclamé la non-rétroactivité des lois. La majeure partie des sources législatives ne nous en dit pas plus, encore que des dispositions transitoires spéciales, parant au plus pressé, aient, parfois, avec beaucoup de minutie, prévu l'application dans le temps de telle loi particulière.

Les travaux de la doctrine se sont donc orientés dès le début du XIX^e siècle, favorisés par l'éclosion des codifications et le recours croissant à la création législative des règles de droit, dans le sens d'une recherche d'un critère permettant de dire dans quel cas l'application d'une loi nouvelle était limitée par le principe de rétroactivité. Les autres pièces du système, telles que les modalités de la rétroactivité expresse, de la rétroactivité des lois d'interprétation n'ont pas provoqué de controverses passionnées parmi la doctrine ne soulevant plus de difficultés de formulation ou d'application. C'est pour cela que nous n'avons pas fait mention de ces questions dans l'exposé de ces doctrines, encore qu'elles aient place dans tout le système, puisque nous y consacrerons des développements en rapport avec leur importance. Nous avons également passé sous silence des questions qui n'avaient pas encore reçu de réponse à la fin de l'Ancien Régime, mais qui n'ont pas donné lieu à des controverses chez les auteurs,

(226) M. PACE parle bien, par ailleurs, de « rapporti giuridici radicati nel passato » (n° 39, p. 124).

(227) Cf. n° 143, p. 254.

en ce que l'imprécision de la doctrine des droits acquis a permis d'absorber ces questions délicates sans pour autant les résoudre. Les rigueurs de l'analyse juridique ne permettent plus cet « escamotage » et nous aurons à parler des incidences de la notion d'ordre public sur le conflit transitoire.

Ces données du droit transitoire laissent à notre disposition des résultats pratiques, des méthodes, des systèmes d'explication et de solution du conflit des lois dans le temps, dont nous aurons à tirer un très grand profit dans l'élaboration d'un système général de conflit.

« *Vaincre l'illusion de l'immobile, qui est sur le même plan que celle du plural et de la petitesse.* »

TEILHARD DE CHARDIN.

CHAPITRE II

SYSTEME GENERAL DE CONFLIT

58. — La loi dont parlent les Ecritures exprime la vérité révélée et immuable. Même quand elle descend du plan divin pour régler les détails pratiques de la vie courante d'une tribu de pasteurs, elle reste l'expression inchangée du soin que l'Eternel prend de ses créatures.

L'origine religieuse du droit, mise en évidence jadis par Fustel de Coulanges, et plus récemment par les travaux de M. Dumezil, Noailles, M. Dekkers (1) et bien d'autres, a expliqué l'immutabilité du droit antique liée à l'immutabilité des croyances.

Ce caractère de vérité révélée par la divinité confère une stabilité dans le temps à la règle de droit. Il lui imprime dans l'espace un exclusivisme aussi rigoureux dans l'aménagement des rapports avec l'étranger au groupe social, que l'immutabilité dans l'adéquation aux règles antiques des questions nouvelles posées par le changement des conditions d'existence.

(1) NOAILLES, *Les tabous du mariage*. DUMEZIL, *Jupiter, Mars, Quirinus et les origines de Rome*. MONIER, *Cours Doctorat* 52-53. DEKKERS, *Le droit privé des peuples*, pp. 247 et suiv.

On connaît les conséquences de ce premier état du droit quant aux relations intergroupales dans le monde antique : l'étranger est considéré comme un hors-la-loi, ce terme étant pris dans l'acception la plus proche de son étymologie (2).

Le groupe n'a pas d'autres fondements que la religion, écrit M. Batiffol, reprenant Fustel de Coulanges, « l'étranger, du fait qu'il ne participe pas au même culte, ne peut participer aux mêmes lois » (3). C'est par le procédé de l'*hospitalitas*, d'abord d'origine charitative et mystique, organisée à Athènes et à Rome sous une forme juridique, que seront atténuées les conséquences sur le plan individuel de l'exclusivisme de la loi antique dans l'espace. Sur un plan véritablement international, les traités entre groupes vont faire leur apparition et justifier chez chacun la nécessité de tenir pour une réalité juridique et sociale l'existence de nations voisines et, parallèlement, de systèmes juridiques différents les uns des autres (5). L'ordre nécessaire à établir entre les divers systèmes de droit, en raison des contacts entre les individus qui en relèvent respectivement, est à la fois la cause et le contenu, l'existence et l'essence du droit international privé (6).

Si, dans l'espace, l'exclusivisme de la loi a dû faire place à la reconnaissance de l'existence de systèmes différents et à la nécessité de leur coordination, l'immutabilité de la règle dans le temps subira une évolution parallèle.

Si les règles de droit tendent à se distinguer assez rapidement, tant du point de vue matériel que du point de vue de la sanction, des règles religieuses, le respect dû à la manifestation formelle de la loi va favoriser l'apparition d'un droit d'interprétation qui cherchera à concilier les impératifs traditionnels exprimés par la loi antique avec l'utilité sociale née des modifications internes de la vie du groupe (7). Il se limitera parfois à un travail de doctrine ou de

(2) BATIFFOL, *Traité*, p. 8, n° 9, et la bibliographie citée aux notes 8, 9 et 10. LÉVY-BRUHL : *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, pp. 15 et suiv.

(3) BATIFFOL, *op. cit.*, *loc. cit.*

(5) Cf. J. ELLUL, *Histoire des Institutions*, T. I^{er}, pp. 17 et suiv. sur l'interrelation entre les droits égyptiens grecs et romains, sur le développement des relations par le commerce, *op. cit.*, pp. 294 et suiv., pp. 8 et 38.

(6) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, pp. 19 et suiv., et plus particulièrement pp. 102 et suiv.

(7) Il va de soi que nous entendons, ici, le terme de loi, non comme le résultat d'une certaine procédure d'élaboration législative, mais en tant que règle de droit précise et connue, que sa connaissance tienne à une pratique immémoriale, ou à sa proclamation, par les interprètes de l'inspiration divine, ou à sa consignation écrite dans quelque ouvrage antique. On se rappellera, sur ce point,

jurisprudence dans certains cas (8) ou à la naissance d'un droit plus souple, au développement parallèle, au droit strict (9).

Mais un tel respect de l'immutabilité du droit limitée à son aspect formel, perd rapidement de sa force. Il est assez rapidement considéré que la loi n'est plus tant l'expression de la vérité que de ce qui doit être tenu pour vrai; la vérité juridique est une vérité relative contingente, limitée au cas d'espèce dans son expression judiciaire (*res judicata pro veritate habetur*), limitée à la durée de son application dans son expression formellement législative. La nostalgie d'une vérité transcendante porte les juristes, condamnés à se contenter de ses seuls attributs, à rechercher un contenu juridique valable en tout temps et en tout lieu, par-delà l'expression positive du droit. « Avant qu'il y eût des lois faites, écrit Montesquieu (10), il y avait des rapports de justice possibles, dire qu'il n'y a rien de juste et d'injuste, que ce qu'ordonnent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on ait tracé des cercles tous les rayons n'étaient pas égaux. » Mais cet appel au droit naturel n'est pas toujours entendu et il demeure, sans excès de scepticisme, que les expressions positives du droit ne sont ni générales ni immuables (11).

59. — Cette relativité dans le temps, de la vérité exprimée dans la loi, n'est pas l'apanage d'un scepticisme mal intentionné, car la vérité existe, mais elle est au-delà du droit et des hommes (12) et

la quasi-vénération dont sont encore entourées, à l'époque classique, les dispositions les plus archaïques de la loi des XLI tables.

Cf. MONNIER, T. I^{er}, p. 35, n° 38, qui cite à l'appui TITE-LIVE et même des contemporains de Justinien.

(8) Ecrits des Pères pour l'Ecriture, dans la mesure où le droit canon y est intéressé. Sunnah pour le Coran.

(9) Droit prétorien à Rome. Equity dans les pays de Common Law, encore que l'origine de la Common Law ne soit pas religieuse. Cf. DAVID, *Introduction au droit anglais*, pp. 119 et suiv.

(10) *Esprit des lois*, Liv. I^{er}, chap. I^{er}, cité par ROUBIER, *Théorie générale*, n° 27, p. 138.

(11) Cf., cité par ROUBIER, *Théorie générale*, n° 27, p. 139, MONTAIGNE : « Ils sont plaisants, quand, pour donner quelque certitude aux lois, ils disent qu'il n'y en a aucune ferme, perpétuelle et immuable, qu'ils nomment naturelle... Or, ils sont si défortunés que, d'un nombre de lois si infini, il ne s'en rencontre pas au moins une que la fortune et témérité du sort ait permis d'être universellement reçue par le consentement de toutes les nations... qu'ils m'en montrent, pour voir une de ces conditions »

(12) Cf. sur ce point ce qu'écrit M. BATIFFOL conformément à une tendance qui résume bien les préoccupations de la pensée juridique au milieu du XX^e siècle : « La réflexion sur le droit mène à constater que la perception d'une identité abstraite des situations est liée à un sentiment indéracinable de la justice en ce qu'il se ramène finalement au respect de la personne... Il y a là un fait qui donne à penser que la conviction du réalisme de la connaissance... appartient à la nature humaine aussi indissociablement que le sentiment de la justice. » *Aspects philosophiques*, n° 25, p. 59.

doit conduire normalement à rechercher les causes profondes de ces disparités (13). C'est là où le droit a ses racines que nous devons chercher et situer l'explication de cette versalité de la loi. « Le Droit, écrit Savigny (14), a ses racines dans les convictions communes du peuple. D'un côté elles diffèrent essentiellement des convictions variables, accidentelles et passagères de l'individu, d'un autre côté, elles sont soumises à la loi d'un développement progressif, et on ne peut se la figurer dans un état de fixité et d'immobilité (15). Nous ne saurions donc reconnaître à un siècle le pouvoir d'imposer irrévocablement ses propres convictions à tous les temps à venir » (16).

Plus profondément encore, on doit reconnaître que la formation du droit naît de l'opposition des forces contraires à l'intérieur du corps social, non seulement de l'opposition du collectif et de l'individuel (17), mais des masses sur le problème individuel, et des individus sur le problème collectif. C'est que le droit est une dialectique qui aboutit à la fusion des oppositions, à un compromis. C'est là une différence entre la vérité juridique et la vérité morale et méta-

(13) La complexité des régimes juridiques issue de cette relativité dans le temps, nécessaire, n'en a rendu que plus difficile la recherche de ce qui permet au juriste de parer une de ses propositions des attributs de la vérité; évidence, clarté, précision selon DESCARTES, identité, ajoute LEIBNITZ. (Cf. d'ailleurs DESCARTES, qui écrit au *Discours de la Méthode*, II^e partie, *in fine* : « Comme la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un Etat est bien mieux réglé, en en ayant fort peu, elles y sont fort étroitement observées. » Cf. sur les caractères de la vérité juridique, les observations de M. CARBONNIER, *Manuel*, I p. 30, n° 8).

(14) T. VIII, p. 521, traduction GUENOUX.

(15) La mutabilité des règles de droit, due à leur imperfection, n'est-elle pas, à certains égards, gage de progrès et facteur d'adaptation des institutions ?

Cf. note LEROY, cité par J. ROSTAND, *Science fausse et fausses sciences*, p. 263 : « Institutions, sociétés, disciplines de conduite ou systèmes philosophiques, présentent partout le même rythme évolutif : l'explication trop complète en détails trop arrêtés entraîne à la fois triomphe à une époque et impuissance devant les conjonctures de l'âge nouveau ; le durcissement des habitudes provoque une ankylose où la fin s'annonce, les promesses d'avenir sont aux êtres demeurés inventifs, l'hypertrophie étouffe les vertus d'initiative, les institutions meurent en scholastique. »

(16) Cf. l'opinion voisine exprimée par un arrêt de la Cour de cassation de Palerme du 25 août 1894 cité par PHILONENKO, *Le renvoi en droit comparé*, p. 232 : « Les lois doivent être considérées comme d'autant mieux faites qu'elles se conforment le plus exactement aux traditions, aux usages, aux contingences ethnographiques et surtout aux coutumes sur lesquelles repose la base historique et originelle du droit. »

(17) Mise en valeur par DE PAGE, *De l'interprétation des lois*, T. II, pp. 41 et suiv. Cf. l'idée exprimée chez Platon qui oppose l'Un et le Multiple et Descartes, l'Unité et la Diversité. Comparer RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 97, p. 212 : « Il (l'esprit juridique), est formé par l'étude des réalisations pratiques dans le passé et dans le présent. Il dit d'où vient la force de la loi et quelle en est la limite. Il ne permet pas la pleine confiance dans la règle donnée par l'autorité publique. Il la sait difficile à formuler, difficile à sanctionner. Il sait aussi qu'il est impossible d'en prévoir toutes les incidences. D'où une prudence qui s'impose dans l'action. »

physique; ce que la première a gagné en précision sur la seconde, elle l'a obtenu au prix d'un compromis entre des exigences divergentes. La morale n'accepte pas une vérité de compromis car la sanction de ces exigences se résout dans le for intérieur.

Cette relativité de la loi dans le temps ne doit pas conduire à en atténuer l'effet obligatoire, car si « relativement » à un certain ordre social, résumé dans quelques principes de vie commune, elle est muable, en un temps et en un lieu donnés, les attributs de la vérité qui lui sont conférés pour des raisons d'utilité sociale, conduisent les membres de la collectivité à tenir obligatoirement pour vrai son contenu (18). Du point de vue formel et temporel, la relativité de la loi s'exprime par une compétence en un moment donné. Du point de vue formel et spatial, la relativité de la loi s'exprime par une compétence en un lieu donné. Du point de vue technique, cette compétence est déterminée par référence aux règles pratiques d'élaboration, de promulgation et d'abolition des lois formelles.

En un moment et en un lieu donnés, il n'y a pas de relativité de la loi (19). C'est, replacée dans le cadre d'une évolution de la société ou dans le cadre de la pluralité des Etats à compétence concurrente, que cette relativité apparaît.

La succession des lois dans le temps peut révéler des mouvements sociaux graves et amples et il importera de rechercher s'ils ne supposent, non pas toujours une révolution qui écarte le règne de la légalité, mais des mouvements profonds qui supposent un changement d'attitude, de conception du monde, fondamental dans la conscience sociale.

La succession des lois dans le temps exprime heureusement, le plus souvent, un simple besoin d'adaptation des règles existantes aux conditions nouvelles (20). Le milieu juridique se trouve ainsi justifier un besoin d'ordination entre les composantes qui se différencient tant sur le plan spatial que temporel.

C'est à une science des conflits qu'il appartient d'ordonner les différents systèmes et de résoudre les conflits que leur confrontation suscite (21).

(18) Cf. cité par M. BATIFFOL, *Traité*, p. 283, l'idée de PILLET : « L'autorité de la loi implique son unité à un instant donné, mais aussi dans le temps. »

(19) Cf. MARTY et RAYNAUD, T. I^{er}, p. 175, n° 106 : « Tant que la loi nouvelle n'était pas promulguée, les intéressés ne connaissaient que la loi ancienne, c'est en considération de celle-ci qu'ils ont agi. »

(20) Cf. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 42, n° 16.

(21) Cf. pour cette fonction du droit international privé, ce qu'en pense M. BATIFFOL, in *Aspects philosophiques*, pp. 18 et 141, n°s 7 à 62 inclus. On se gardera, par ailleurs, d'entendre ici cette science des conflits dans l'acception qu'en ont fournie les sociologues par référence à la polémologie. Cf. à ce dernier point de vue, une telle conception développée par M. REUTER, *Institutions internationales*, pp. 3 et suiv.

En un temps donné, la science des conflits devra dégager les règles du conflit né de l'existence dans l'espace de systèmes juridiques concurrents.

En un lieu donné enfin, la science des conflits devra résoudre les difficultés qui naissent de la succession des lois dans le temps. C'est là l'objet du droit transitoire, c'est la justification de notre essai, que d'établir un ordre, de constituer un système de coordination.

Ceci doit nous conduire à rechercher un moyen de coordination, une idée-clé, un point de départ qui constituera le procédé le plus immédiatement déduit du principe de relativité de la loi dans le temps. La vérité juridique étant relative en un moment donné, on ne peut considérer que l'effet obligatoire né de son évidence pourrait s'imposer en un temps où telle proposition actuelle n'avait pas été revêtue des attributs de la vérité. Le principe de non-rétroactivité rend compte de la relativité de la vérité juridique née de la succession des lois dans le temps.

Mais s'il pose un point de départ, une possibilité de coordination, le principe de non-rétroactivité doit être complété par une règle de conflit, dont les éléments de solution supposent une attitude tenant essentiellement compte du facteur temps dans l'examen de la solution du conflit (ce même facteur temps qui nous a permis de mettre en évidence la relativité de la loi dans le temps).

Ceci dictera l'ordre de nos développements à venir puisque nous étudierons successivement le principe de non-rétroactivité comme point de départ d'une tentative de coordination du conflit né de la succession des lois dans le temps, et les éléments de solution de ce conflit qui nous amèneront à proposer une règle de conflit. En troisième lieu, notre travail ne rendrait pas compte de la réalité, si le système ne se complétait d'une confrontation de la règle de conflit avec l'ensemble du milieu juridique et ne posait pas un problème d'harmonisation auquel il nous appartient de proposer une solution. Ce dernier point fera l'objet du chapitre suivant .

SECTION I

LE PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ

60. — De la succession des lois dans le temps, nous avons conclu à une nécessité d'ordonner les divergences substantielles qui en résultent.

Nous avons pensé à cet effet que la relativité des lois induite de l'observation de leur succession dans le temps impliquerait une certaine conception de la contingence des règles qu'elles contiennent.

Ce qui est vrai et valable sous l'empire d'une loi déterminée ne l'est plus sous l'empire de la loi suivante.

La coordination de l'application des lois dans le temps ne peut manquer de tenir compte de cette première observation. Elle doit conduire à promouvoir un principe d'après lequel la conformité d'un fait à un régime juridique donné ne peut s'apprécier que par référence au régime en vigueur qui a qualifié ce fait. La relativité de la vérité juridique doit conduire à interdire à la loi nouvelle de régir ce qui s'est passé avant son entrée en vigueur. C'est ce que réalise le principe de la non-rétroactivité (22).

Ce premier point étant acquis, la nécessité apparaît de définir le critère qui permettra de dire que tel fait est rattachable à telle loi déterminée. C'est là la nécessité de la règle de conflit de fournir des moyens de rattachement. Il y aura lieu de préciser quels seront les caractères de cette règle de conflit, de se livrer à une analyse externe de la règle de conflit, avant de passer, dans la section suivante, à l'étude des éléments qui permettront d'en définir le contenu.

Nous étudierons donc successivement le principe de non-rétroactivité et les caractères de la règle de conflit.

§ I^{er}. — LE PRINCIPE

61. — Il y a tout lieu de penser que, parmi les passages du Code civil que Stendhal prisait tant, il faut compter cet article 2 qui, en deux propositions lapidaires, a rappelé le principe de la non-rétroactivité : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. » On aura quelque peine à trouver résumé dans la doctrine de la même manière, un tel principe car les auteurs, comme la jurisprudence, ont généralement inclus dans leur définition de la non-rétroactivité, les prémisses de la règle de conflit qu'ils entendaient adopter à la suite. On comprend qu'une définition limitée à la non-rétroactivité ne puisse être donnée autrement que de la manière la plus brève (23). Le terme même de rétroactivité résume déjà par lui-même

(22) Cf. COLIN et CAPITANT, éd. 1927, T. I^{er}, p. 51, cité par ROUBIER, T. I^{er}, p. 42 : « Nous proposons le système suivant qui repose sur l'interprétation de la volonté du législateur et sur les idées mêmes qui servent de fondement au principe de la non-rétroactivité des lois... Le législateur ne peut, sous peine de contradiction, trouver mauvais qu'on lui ait obéi autrefois lorsqu'il émettait une règle différente ; ensuite... le législateur n'a pu vouloir porter atteinte aux prévisions que les parties pouvaient légitimement concevoir en exerçant, sous l'empire de la loi ancienne différente leur activité économique. »

(23) Ceci démontre bien la vanité de toute prétention à donner les définitions, *a priori*, alors que les termes en supposent une prise de position et de conscience syncrétique rigoureusement préalable.

l'idée d'une action antérieure de la loi sur le passé, préalablement à sa promulgation.

La langue juridique allemande, en général plus précise que la nôtre, n'exprime pas mieux ici le principe : « Gesetze keine rückwirkende Kraft haben » (24), trouvons-nous sous la plume des auteurs les plus éminents avec toute la concision et le sens de la suppression du détail inutile qui caractérisent l'expression de l'adage juridique. A peine pourrions-nous proposer de dire en précisant la modalité technique du principe : la loi ne régit pas le passé antérieur à sa promulgation.

On a vu que les raisons qui nous ont déterminé à adopter le plan de ce présent chapitre se fondent sur la justification même du principe de non-rétroactivité.

La nécessité de coordonner le champ d'application des lois dans le temps, issue de la relativité des lois et de la vérité qu'elles énoncent, conduit, par la force des choses, à ne pas permettre à une loi de porter ses effets à une époque où elle n'était pas encore connue. C'est, selon nous, l'explication qui rend le mieux compte de l'existence du facteur temps dans les questions transitoires.

Nous ne prétendons pas que cela soit la seule valable et nous pourrions citer nombre d'autres justifications du principe de non-rétroactivité qui n'en sont souvent que des développements plus approfondis.

M. Roubier a montré la nécessité d'utiliser les justifications tirées de la philosophie sociale (25). « Un tel principe, écrit-il, est la sauvegarde nécessaire des intérêts particuliers. » « La rétroactivité, poursuit l'éminent doyen, créerait un état de trouble intolérable pour les relations juridiques et détruirait tout sentiment de confiance dans la sécurité du droit. » On se souvient que Blondeau insistait également sur cette idée de confiance nécessaire. La plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que la proclamation du principe est nécessaire à la sécurité du commerce juridique (26). Dans la mesure où elle constitue la première manifestation d'un souci de voir chaque rapport de droit soumis à la loi la plus apte à le régir, il n'est certes pas question pour nous d'aller sur ce point à l'encontre de l'opinion générale.

Lorsque nous étudierons plus loin les caractères de la règle de conflit découlant de la signification que nous attribuons au principe

(24) NIPPERDEY, pp. 219 et suiv.

(25) *Op. cit.*, T. I^{er}, p. 428. Cf. pour une justification purement logique. PACE, n° 46, p. 144, cf. *infra*, n° 79, p. 141, cf. *id.*, BLONDEAU : « Essai sur ce que l'on appelle l'effet rétroactif des lois », S. 1809, pp. 272 et suiv.

(26) Cf. toutefois PACCHIONI, *op. cit.*, pp. 215 et suiv.

de non-rétroactivité, nous verrons que ces idées dégagées à l'occasion de la justification du principe de non-rétroactivité trouveront là leur principal emploi. Mais, sans aller jusqu'à une analyse substantielle du principe, force est pour nous de constater qu'il pose des questions de compréhension et d'étendue que la seule lettre de la proposition ne nous permet pas de résoudre. Nous rechercherons donc la portée du principe de non-rétroactivité avant d'en approfondir la signification.

A. — LE PRINCIPE ET SA PORTÉE.

62. — Les limites de la question seront fournies par l'ambiguïté même d'un terme employé dans l'énonciation du principe. Il faudra savoir ce qu'il faut entendre par « loi » dans l'expression « la loi ne dispose que pour l'avenir ». On devra ainsi rechercher quels sont les destinataires de la règle énoncée, dire si elle s'impose au législateur ou simplement au juge, ce qui nous permettra, tout en reportant à plus tard l'étude de la position de la règle dans la hiérarchie des normes, d'étudier les modalités de la rétroactivité expresse et exceptionnelle.

a) *Objet du principe de non-rétroactivité*

63. — On sait que, par le vocable « loi », on entend aussi bien cet acte du législateur, consommé par une procédure formellement déterminée, que la règle de droit en général. On pourra donc se demander si la règle de non-rétroactivité s'étend à toutes les sources du droit, lois, coutumes, jurisprudence. Si on s'en référait à la seule portée de l'article 2 du Code civil, et aux travaux préparatoires qui ont conduit à sa rédaction, le doute ne serait pas permis : il s'agit bien ici de la loi au sens formel. Mais, l'interprétation du Code civil en fonction des travaux préparatoires à sa rédaction est aujourd'hui d'un intérêt fort médiocre.

De plus, comme un système général de conflit de lois dans le temps se doit de prévoir même sommairement les difficultés nées de la disparité dans la succession des régimes juridiques, nous ne devons pas négliger, *a priori*, le conflit né de la succession de sources de droit autres que la loi. Il faudra donc savoir si on peut inclure dans un système de conflit, le conflit né de coutumes, ou de jurisprudences différentes et successives. Un rapprochement avec le droit international privé qui ne distingue pas comme le droit transitoire entre les différentes sources du droit pourrait conduire à rejeter hâtivement la présente question parmi les arguments opposés à l'ana-

logie systématique entre le droit transitoire et le droit international privé (27).

En droit international privé, il est certain que la question à peine posée est tout de suite résolue par l'affirmative (28). En droit transitoire, la solution est plus délicate. Cette opposition dans l'aisance avec laquelle un problème est résolu s'explique par une délimitation identique des sources du droit dans l'espace, alors que dans le temps, c'est précisément le problème de la naissance de la règle qui justifie au moins en partie, la classification des sources en loi et coutume.

Dans l'espace, un système juridique est considéré comme un tout et le choix qui entraîne son adoption, comporte l'application des règles de toutes origines, légales, coutumières ou jurisprudentielles.

Or c'est bien par l'imprécision de son origine dans la durée que l'on peut opposer la coutume à la loi : c'est en ce sens que le critère utilisé pour différencier ces sources du droit amène à se placer au point de vue temporel. Considérées du point de vue de leur application dans l'espace la loi et la coutume ne sont pas susceptibles d'être opposées l'une à l'autre et le problème de leur efficacité territoriale n'exige pas pour cette raison d'études distinctes. Il en est différemment pour la détermination de leur application dans le temps, lorsqu'on a compris que malgré leur fonction identique d'expression de la norme juridique, ces sources du droit se différencient profondément par la possibilité de situer la date de leur naissance.

Il est en effet malaisé de parler d'analogie entre deux termes des disciplines sœurs, quand ils empruntent de la nature temporelle du droit transitoire pour se définir.

L'opposition vient, en réalité, de la tendance invincible de l'esprit humain à ne se représenter le temps qu'à l'aide de l'espace. Seule une réflexion qui fait abstraction des perceptions du monde extérieur peut se dégager de cette tendance, comme l'a montré l'apport fondamental des mathématiques à la compréhension du temps (29). Il y a bien, dans le temps, une différenciation en systèmes et, si nous n'y voyons qu'une succession de lois particulières au sens formel, c'est parce que nous introduisons dans notre recherche un « cache spatial » qui nous fait toujours apprécier en terme d'étendue ce qui est du domaine de la durée (30).

L'opposition entre la réponse aisément fournie par le droit interna-

(27) Cf. ROUBIER, T. I^{er}, p. 1, n° 1.

(28) En assimilant la coutume à la loi, M. Xavier MARIN se refuse même, en fait, à poser le problème. Cf. Thèse Paris, 1928, p. 19 : *Essai sur l'application dans le temps des règles de conflit dans l'espace*.

(29) Cf. S. DAVAL, *Philosophie générale*, pp. 271 et suiv.

(30) C'est ainsi qu'on ne peut séparer de la loi la jurisprudence et la doctrine qui en précisent le contenu, la coutume qui la complète éventuellement.

tional privé et l'incertitude où est plongé le droit transitoire n'est donc pas déterminante ni pour écarter définitivement l'analogie entre les deux disciplines, ni pour en tirer un enseignement utile à la résolution du problème posé.

Ce qui doit être observé, c'est que la succession des lois formelles plus que la succession des coutumes fait ressentir un besoin plus impérieux d'en ménager les transitions. C'est ce qui explique que le droit transitoire est à peu près inconnu des sociétés archaïques dont l'organisation juridique repose sur la coutume et chez lesquelles la loi n'est que la consécration de l'opinion commune (31).

La coutume est un phénomène qui repose sur une sorte de subconscience du corps social et dont la connaissance est bien postérieure à la génération. La loi est, au contraire, une manifestation de volonté qui s'impose à la connaissance par une représentation claire, précise et immédiate. Les changements dans la substance de la coutume se font avec toute la lenteur « d'un phénomène historique » (32), écrit M. Roubier qui en conclut que « le développement (du droit transitoire) suppose avant tout la croyance répandue au sein d'une société, dans la valeur et la puissance de la volonté pour le gouvernement des relations humaines » (33). L'idée de non-rétroactivité n'a pas lieu d'intervenir encore pour « discipliner la production des lois » (34).

64. — On ne peut nier que l'introduction du conflit de coutumes en droit transitoire suppose que l'on puisse apporter la même précision quant à la date de leur naissance, qu'à leur situation relativement à la répartition dans l'espace des différents systèmes juridiques. Ce sont donc des considérations d'ordre pratique qui conduisent, sans préjuger ni de la suite ni du fond à exclure de la portée de l'article 2, l'hypothèse du conflit de coutumes puisqu'il manque un élément indispensable à la détermination de la situation de la coutume sur le cours de la durée.

Une telle détermination est obtenue si on oppose dans un conflit, la loi succédant à une coutume (35). Pour reprendre l'expression judicieuse de M. Ch. Gavalda (36), « la date-frontière existe, en effet,

(31) En ce sens : ROUBIER, T. I^{er}, p. 23, n° 5.

(32) ROUBIER, T. I^{er}, p. 24 n° 5. Cf. toutefois MONIER, CARDASCIA et IMBERT, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, p. 194, n° 164. Sur la précision de la mise en vigueur de la coutume : il arrive souvent que telle ou telle coutume naisse dans des circonstances déterminées, à la suite de changements dans la vie économique ou de l'entrée en contact avec d'autres peuplades.

(33) *Op. cit.*, loc. cit.

(34) ROUBIER, T. I^{er}, *op. cit.*, p. 25, n° 5.

(35) C'est l'hypothèse des dispositions transitoires incluses dans les actes de promulgation des coutumes codifiées aux xv^e et xvi^e siècles.

(36) *Op. cit.*, p. 189, n° 154.

dans cette hypothèse et marque le moment exact où naît le conflit ». La portée de l'article 2 est ici parfaitement concevable et la conséquence en sera que la loi nouvelle n'aura pas d'effet sur le passé soumis à la coutume. Parfois, cette portée est assez limitée, car la loi nouvelle peut constituer une confirmation d'une coutume, auquel cas son contenu se fonde dans celui de la coutume (37).

En dehors du conflit coutume-loi qui reste concevable sur le plan pratique, on pourrait, en théorie, envisager un conflit dans le temps entre coutumes ou entre loi et coutume, successives.

M. Roubier, qui s'en est tenu à l'aspect pratique, s'est vu vivement reprocher par des auteurs aussi fortement impressionnés par l'aspect spéculatif des questions juridiques que le sont les juristes italiens, d'avoir écarté l'application du principe de non-rétroactivité du conflit de coutumes.

M. Pace estime, sur ce point, que le conflit porte sur une divergence de norme et non de loi, que la distinction formelle est ici totalement étrangère à la question (38).

Une telle critique paraît excessive. Il est possible que le conflit soit un conflit de règles de droit et que l'origine en soi, des normes, n'a pas lieu d'intervenir. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le conflit exige avant tout la possibilité d'examiner la question à l'aide de la catégorie temps, ce qui suppose, on s'en doute, la possession de moyens propres à porter sur le cours de la durée les repères nécessaires à l'étude du champ d'application des normes dans le temps : condition qui n'est pas réunie dans la succession dans le temps de deux coutumes (39). Une donnée fait donc défaut : on ne peut pas, même « théoriquement », résoudre un tel problème (40).

On rangera donc sous la portée du principe de l'article 2, les divergences nées de la succession d'une coutume et d'une loi; nous en excluons celles nées de la succession de deux coutumes entre elles

(37) C'est ainsi que la loi sur le délai-congé ne vise qu'à confirmer une règle d'origine coutumière. L. 19 février 1958 (J.O. 20 févr.) et *id.* l'article 23 du Livre I^{er}. Code du Travail (Loi de 1928).

(38) *Il diritto transitorio, con particolare riguardo al diritto privato*, pp. 82 et 83 : « Negando la possibilità di conflitti transitorii nel campo del diritto consuetudinario il Roubier ha dato un rilievo esagerato ed enonco alla forma della norma giuridica, alla sua origine, dimenticando che il conflitto sorge tra norme et non tra legge. »

(39) Par analogie, on rencontrera une indétermination identique en droit international privé quand les repères de rattachement à la loi nationale font défaut, par exemple, en raison de l'apatridie.

(40) Pour reprendre une expression empruntée au langage des mathématiques, le problème est ici indéterminé, s'il n'est pas impossible.

ou d'une loi et d'une coutume (41), si la date de naissance de la coutume n'est pas précisée.

65. — Le rôle de la jurisprudence est des plus délicats à concevoir et si sa valeur en tant que source du droit a été longtemps dissimulée au nom d'une pudeur legaliste, la distinction n'est pas bien nette entre les règles jurisprudentielles et les règles d'origine coutumière. Sans prétendre pour l'instant trancher pour le droit français une controverse qui ne facilite pas ici le point de savoir si la portée de l'article 2 s'étend aux règles formulées par les décisions jurisprudentielles, on rappellera que le droit comparé donne néanmoins des exemples d'un droit formé à partir de décisions judiciaires. Il s'agit des systèmes qui admettent l'autorité des précédents. Mais, là encore, l'analyse est délicate; une nouvelle difficulté se greffe dont la solution rejoint d'ailleurs les préoccupations limitées au seul droit français : la décision est-elle du droit, légal ou coutumier, peu importe, ou la décision se borne-t-elle à interpréter ou à révéler soit une règle coutumière, ce qui nous ramène à un point déjà traité sous l'angle transitoire, soit une règle légale (42).

Le conflit ne se conçoit évidemment pas pour des raisons organiques entre une loi et une décision jurisprudentielle. Si une telle décision existe et se multiplie, elle apparaîtra, quelle que soit l'opposition de fond avec la loi, comme une décision d'interprétation. A défaut, une telle décision serait un acte de pur fait, et le conflit de sources du droit ne se poserait pas davantage.

Il convient de rechercher si une opposition entre une règle jurisprudentielle et une loi est du domaine du principe énoncé à l'article 2. Nous reprendrons ici une distinction suggérée par M. le professeur Gavalda (43) : ou l'on est en présence d'une décision jurisprudentielle, statuant par voie d'interprétation, ou l'on a affaire à une décision jurisprudentielle posant une règle d'origine non définie.

Si la règle de jurisprudence se borne à interpréter une loi antérieure, son contenu s'incorpore à celui de la loi interprétée. C'est la loi interprétée qui est réputée, en effet, avoir régi l'époque allant de sa promulgation à son abolition par la loi nouvelle opposée à la

(41) Question qui laisse entier le point de savoir si une loi peut être abolie par une coutume contraire (désuétude ou règle substantiellement contraire), sur ce point cf. opinion négative de GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. II, pp. 390 et suiv.

(42) Cf. la question que se pose GENY au Tome I^{er} de ses *Méthodes d'interprétation*, p. 271 : dans l'hypothèse de l'interprétation donnée à une loi à deux moments différents, appliquera-t-on la première interprétation au fait localisable à cette époque ancienne ? Cf. *infra*, pp. 295 et suiv.

(43) *Op. cit.*, p. 205.

jurisprudence interprétative (44). Le conflit est ici celui de la loi interprétée et de la loi nouvelle.

Si le juge, en absence de tout texte législatif est « obligé de donner une solution à des litiges, la cherche hors des textes », M. Gavalda estime que la règle jurisprudentielle n'a pas « une force suffisante pour pouvoir créer un véritable conflit dans le temps » (45).

En réalité, la réponse à fournir est des plus difficiles, car elle nous conduit à la raison d'être du droit, au point le plus délicat du contact entre la règle générale et règle appliquée (46).

C'est dans la nature profonde de l'adéquation de la règle au « cas », que l'on doit pouvoir trouver la solution du point de savoir si la règle jurisprudentielle d'origine non définie relève du domaine de la non-rétroactivité des lois.

Il faut d'abord préciser que l'hypothèse d'une règle jurisprudentielle qui ne soit ni l'expression d'une coutume, ni l'interprétation d'une loi nouvelle doit être rarissime ! Elle ne peut être comprise qu'à la lumière du principe qu'il n'y a pas de lacunes du droit. Le droit est l'ensemble des règles de conduite qui reçoivent de l'opinion commune la qualité juridique. C'est-à-dire qu'elles sont sanctionnables par le pouvoir étatique. C'est en ce sens que nous disons que le droit est une conscience de règle (47).

66. — Comment parvient, à notre connaissance, la règle de droit ? Par la loi proclamée telle et obligatoire de par la volonté de son auteur, par la coutume, matérialisée par une pratique constante à laquelle la conscience de son caractère de règle de droit obligatoire confère la qualité de coutume. Ce sont là des règles qui nous sont connues *a priori*. Mais il existe des normes qui parviennent à notre connaissance par l'application parfois inconsciente qu'il en est fait à l'occasion d'espèces, de litiges. La solution de ces espèces qui ne peut être recherchée dans des modèles connus, dans des prescriptions

(44) Cf., cité par M. ROUBIER, un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis (18 février 1924), *FLEMING v. FLEMING*, *op. cit.*, I, p. 29.

(45) GAVALDA, *op. cit.*, pp. 205 in fine et 206.

(46) Sur la jurisprudence en tant que source du droit, cf. MAURY : « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Mélanges Ripert*, T. Ier, pp. 28 et suiv. ; WALINE : « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Etudes Scelle*, T. II, p. 612 ; BOULANGER, V^o Jurisprudence (*Encyclopédie Dalloz*, T. III) ; CHRÉTIEN, *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle*, Thèse Lille, 1936.

(47) Cette conscience de règle subsistera tant que les sociétés humaines ne seront pas devenues des termitières ou des ruches. Ce qui distingue l'homme vivant en société de l'abeille, c'est qu'il a conscience de la contrainte qui s'exerce sur lui pour la sauvegarde de tous. Si les travaux de von FRITSCH ont démontré l'existence du langage chez les abeilles, on n'en est pas encore à parler de leur conscience.

générales, s'appuie sur un sentiment de conformité à une norme non connue, que l'on appellera équité, que l'on baptisera principes généraux, sentiment profond du droit, intuition juridique mais qui repose avant tout sur la fiction nécessaire du caractère *a priori* de toute règle de droit (48).

Un premier point paraît acquis, c'est que la révélation de la norme conduit pratiquement à l'application rétroactive de son contenu à l'espèce qui en a été l'occasion. C'est en ce sens que l'on dit couramment que les jugements rétroagissent. Mais il y a là, semble-t-il, une façon de s'exprimer qui est susceptible de prêter à confusion. La règle de droit appliquée au cas d'espèce est particulière, la règle de droit demeure générale avant son application. Il y a donc une différence de nature entre la solution particulière donnée pour la première fois à un cas d'espèce et la règle générale implicite, ou mentionnée explicitement, qui l'a justifiée. Or, la règle générale ne pouvant être connue que par la décision judiciaire particulière, on ne peut éviter la lacune du droit qu'au prix d'un effet de la norme sur des faits antérieurs à sa connaissance. Toutefois, la décision judiciaire s'appuyant sur cette norme, son existence antérieure ne saurait être mise en doute : la rétroactivité semble n'être donc que de fait et tenir non à l'inexistence de la règle, mais à sa non-connaissance, qui est, on le sait, sans effet juridique en vertu du postulat « *nemo jus ignorare censetur* ». La notion de rétroactivité, comme nous l'avons vu, à propos de la coutume, implique non pas l'existence d'une norme, mais la connaissance de son origine, qui seule permet de la situer sur le cours de la durée. C'est en ce sens que la critique de M. Pace que nous signalions plus haut méconnaît un des aspects primordiaux du droit transitoire.

Dès qu'une décision judiciaire a porté la règle à la connaissance de tous, l'application du principe de non-rétroactivité est-elle concevable ?

Vis-à-vis des espèces non encore jugées et portant sur des faits antérieurs à la décision révélatrice, une application de la norme est-elle possible sans rétroactivité ?

Dans les systèmes qui se refusent à admettre la règle du précédent, la solution est facile. Aucun juge ne se trouve ici lié par les décisions des autres juges, ni même par les siennes propres. La règle d'origine jurisprudentielle ne s'impose donc pas en tant que telle : si le juge statue comme il a déjà été statué, alors la situation est la même que précédemment et la rétroactivité est de fait et non de droit,

(48) Il y a peut-être là un aspect peu commun du Droit d'être non seulement un corps de règles connues, mais également le moyen de parvenir à la connaissance de celles qui ne sont pas connues.

et tient seulement aux conditions d'existence du litige. Ce dont il faut se souvenir, c'est que de la pratique répétée de cette solution et de la conscience de son caractère obligatoire pourra naître une coutume, mais il ne saurait être alors question de dater avec précision son commencement, ce qui est nécessaire en droit transitoire (ce qui nous a conduit, on l'a vu, à écarter la coutume nouvelle (49) du conflit dans le temps).

Dans les systèmes qui soumettent les décisions judiciaires à la règle du précédent, il y aurait bien une possibilité d'application du principe de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique (50). La Cour Suprême des Etats-Unis n'est pas, à certains égards, soumise à la règle du précédent (*stare decisis*). Les revirements de jurisprudence sont toutefois suffisamment rares pour que cet exemple conserve sa valeur. Cette espèce pose la question de savoir si on peut envisager qu'une jurisprudence nouvelle n'était faite que pour les faits ou les situations postérieures au jour où elle a été dégagée. Il s'agissait de savoir, à propos de « boycottage », si une jurisprudence établie en 1917 pouvait être appliquée à des faits ou à des situations remontant à 1911.

Rien ne s'opposerait, *a priori*, à une assimilation du conflit des règles jurisprudentielles avec les règles de conflit de lois formelles. Mais, dans cette hypothèse particulière, il n'a pas été possible d'aller jusqu'à cette affirmation car la juridiction américaine a estimé qu'ici, la décision jurisprudentielle s'incorporait par voie d'interprétation à une loi préexistante et ne constituait pas une règle jurisprudentielle issue d'une origine autre que de l'interprétation d'une loi ou d'une coutume.

Dans l'hypothèse enfin où la règle révélée par la jurisprudence se trouve en contact avec la loi formelle nouvelle, on conçoit la possibilité de l'application du principe de non-rétroactivité, de même qu'on l'avait admis pour le conflit entre une coutume et une loi nouvelle.

Mailher de Chassat se refusait pourtant à admettre une telle solution, même dans l'hypothèse d'une jurisprudence constante (51). L'auteur a sans doute pensé ici à l'explication de la non-rétroactivité par la théorie du droit acquis : le juge n'étant pas tenu de se

(49) Ne semble-t-il pas déjà que le qualificatif « nouvelle » au substantif « coutume » a quelque chose d'antinomique.

(50) 24 juin 1921, *Geddes v. Anaconda Copper Mining Co*, 254 U.S. 590, 41, Sup. Court, Rep. 210, cité par ROUBIER, T. I^{er}, p. 28, d'après LAMBERT et BROWN.

(51) Cf. ce qu'écrivait en ce sens MAILHER de CHASSAT : « ... alors que la jurisprudence antérieure serait constante sur d'anciens faits, la loi nouvelle ne rétroagirait pas en statuant sur ces faits ; c'est ce qu'établissait M. TRONCHET à la séance du 14 messidor, an IV, au conseil des Anciens, en ces termes : « Un simple usage, une simple jurisprudence contraire, quelque ancienne qu'elle soit, ne peut limiter le pouvoir du juge ; il ne peut être lié par l'erreur de ses prédécesseurs, il ne peut être lié par sa propre erreur. »

conformer aux solutions antérieures, le plaideur n'a pas un droit acquis reconnu par la jurisprudence antérieure.

Un arrêt de la Cour de cassation, rendu à propos de l'interprétation du droit suisse de la nationalité, relève pourtant la possibilité d'une application du principe de non-rétroactivité à un droit « d'origine jurisprudentielle et coutumière » (52). Mais la décision par cette adjonction de ce second qualificatif s'est refusée à poser le principe de l'existence de règles d'origine purement jurisprudentielle; aussi, cet arrêt, s'il est précieux comme exemple d'application du principe au conflit de la coutume ancienne et de la loi nouvelle, n'est pas déterminant en ce qui concerne les règles jurisprudentielles qui ne se rattachent pas à l'interprétation d'une loi ou d'une coutume.

En définitive, le conflit dans le temps est possible entre règles jurisprudentielles et légales. La loi nouvelle ne saurait rétroagir sous le prétexte de l'existence antérieure d'un droit simplement jurisprudentiel.

L'application du principe de non-rétroactivité est exclu au contraire lorsqu'une règle jurisprudentielle succède à une règle légale qui n'a pas été expressément abrogée. Elle n'est guère davantage concevable si la loi a été expressément abrogée dans la mesure où en l'absence de règle du précédent, on ne peut situer avec précision le moment où est apparue la norme nouvelle. Si cette précision peut être donnée, le conflit est possible.

L'application de la non-rétroactivité entre deux règles d'origine jurisprudentielle n'est à envisager que sous les plus expresses réserves.

(52) Cf. Cass. civ., 26 janvier 1953, DS. 1955, 769 (obs. BOULBES) qui note l'hypothèse d'un conflit de coutumes à propos de l'interprétation du droit suisse de la nationalité : « ... que l'arrêt relève que le Tribunal Fédéral suisse » la plus haute autorité judiciaire de la Confédération, « étendait alors au domaine international le principe de l'unité de nationalité pose dans le domaine intercantonal par l'art. 161, Code civil suisse et considérait que la Suisse, par son mariage avec un étranger, perdait sa nationalité d'origine lorsque le droit étranger lui laissait la simple faculté d'acquérir par l'effet du mariage celle du mari, qu'il est ainsi constaté par les juges du fond que les règles juridiques sus-énoncées, d'origine jurisprudentielle et coutumière constituaient au même titre qu'un texte législatif formel, dont elles suppléaient la carence, la loi nationale de l'intéressée. Attendu qu'il est vainement objecté par le pourvoi qu'aux termes d'un arrêt du 9 février 1940, émanant du même Tribunal Fédéral, la Suisse épousant un étranger perd sa nationalité dans le seul cas où le mariage lui fait effectivement acquérir la nationalité du mari, qu'en effet, aux termes de l'article 4 de l'Ord. 19 oct. 1945, déclaré applicable à titre interprétatif, aux changements de nationalité intervenus avant la mise en vigueur de ladite ordonnance, les conditions de l'acquisition et de la perte de la nationalité française après la naissance sont réglées par le droit en vigueur au moment où se réalisent les faits et les actes de nature à entraîner cette acquisition et cette perte... »; que « ... la modification apportée en 1940 ne saurait porter atteinte rétroactivement aux conséquences juridiques acquises sous l'empire de la loi française applicable lors de la célébration du mariage. »

Si les juges ne sont pas soumis à la règle du précédent, c'est que la décision qui a révélé la règle appliquée ne constitue qu'une hypothèse, relative à une règle générale préexistante, mais dont l'application demeure limitée à l'espèce présentée. Dans ce cas, l'origine de la règle ne peut être datée au jour de la décision, puisque la certitude de l'existence de cette règle reste relative, limitée au cas d'espèce : une telle situation exclut l'application du principe de non-rétroactivité.

Si les juges sont soumis à la règle du précédent, c'est que la décision révélatrice est constitutive d'une règle générale dont la connaissance est désormais facile à préciser : pouvant être située sur le cours de la durée, elle est soumise au principe de la non-rétroactivité. C'est ainsi que d'une solution rendue pour la première fois en 1917, on ne saurait tirer l'obligation pour d'autres espèces de statuer dans le même sens s'il s'agit de qualifier des faits qui se sont passés en 1911.

Mais il demeure, dans ce cas-là, que le juge conserve la faculté de rendre une décision analogue à celle rendue en 1917, dès lors qu'il ne se fonde pas sur la règle du précédent, ce qui heurterait le principe de non-rétroactivité. En effet, dire que la décision de 1917 ne saurait s'imposer sans rétroactivité, au juge chargé d'apprécier des faits situés en 1911, n'interdit pas à celui-ci, en faisant abstraction de la décision antérieure, à statuer dans le même sens. Cette solution qui semble contradictoire avec la précédente, s'explique pourtant aisément si l'on garde présent à l'esprit que la décision jurisprudentielle, même lorsqu'elle innove, est censée révéler une règle préexistante quoique non connue, puisqu'elle a pour objet de sanctionner des conduites antérieures à la formulation judiciaire de cette règle. La décision valant précédent permet simplement de dater l'apparition de cette règle, et partant, de la soumettre au principe de non-rétroactivité. Mais cette même décision en fournissant cette date ne saurait effacer l'existence de cette règle pour la période antérieure et interdire par là même aux juridictions postérieurement saisies de se mettre dans les mêmes conditions que le premier juge et d'adopter la même solution que lui.

Si du seul point de vue transitoire, le conflit dans le temps de règles jurisprudentielles est concevable, la nature particulière de cette source du droit en exclut pratiquement l'éventualité.

On constatera que le droit jurisprudentiel évoque dans son esprit comme dans sa technique, l'existence de règles générales préalables, et rappelle, chez le juge moderne, ce rôle de porte-parole des vérités surnaturelles du législateur des civilisations archaïques.

Rien ne semblait s'opposer, *a priori*, à ce que le principe de non-rétroactivité s'applique à la coutume et au droit jurisprudentiel : la technique du conflit dans le temps suppose toutefois que l'on

puisse situer avec précision le moment à partir duquel une règle de droit existe, indication qui ne peut être, dans la plupart des cas, fournie en raison de la nature originale de ces sources du droit. L'application de la règle de conflit ne peut donc être envisagée que si une loi, au sens formel, succède à une autre loi ou à une coutume ou à un état de droit jurisprudentiel. La succession de coutumes ou de jurisprudences ne peut soulever de problème transitoire.

b) *A qui s'impose le principe ?*

La question de la rétroactivité expresse.

68. — Le principe de non-rétroactivité est énoncé à l'article 2 du Code civil, dispositions préliminaires (53). Il en est généralement traité par les auteurs dans la partie générale qui sert traditionnellement d'introduction au droit civil. Il est certain que le principe n'a pas été écrit pour les seules lois civiles et que le commentaire qui en a été fait vaut pour les autres branches du Droit. Là n'est pas la difficulté, mais on pourra se demander quels sont les destinataires du principe édicté à l'article 2. Le moment n'est pas encore venu de situer la règle de conflit par rapport aux lois dont elle est chargée de coordonner la succession. Cette étude sera faite lorsque nous aurons montré que la signification du principe de non-rétroactivité est de poser l'existence d'une règle de conflit, ce qui comporte des conséquences relativement aux caractères de la règle de conflit.

Sur le seul plan du principe de non-rétroactivité, ce qu'il convient de préciser c'est à qui il s'impose. Est-ce une règle pour l'interprète, le juge en l'occurrence, ou une règle pour l'auteur de la règle de droit.

Dans l'hypothèse, on l'a vu, très discutable et très discutée où le juge est créateur du droit, selon l'expression de Capitant, on peut se demander s'il ne va pas agir rétroactivement en éditant une règle destinée à s'appliquer à des faits que les données mêmes du problème situent avant le jugement (54). C'est ce qu'on a souvent appelé l'effet rétroactif des jugements (55). Et cette idée de rétroactivité ne pourra être écartée qu'en faisant appel à la fiction du caractère

(53) On passe ici sous silence l'art. 4 du Code pénal qui ne nous semble pas déterminer le champ d'application de la loi pénale nouvelle ni tendre, comme à l'art. 2 du Code civil à reconnaître l'existence d'un conflit et fournir une indication d'ordre général à la solution du conflit. La règle de l'art. 4 est une norme substantielle, celle de l'art. 2 une norme de conflit. Le principe de non-rétroactivité est ici absorbé par le principe de légalité des délits et des peines, qui remplit toutefois une fonction de paix sociale identique, cf. *infra*, p. 319.

(54) Cf. *supra*, pp. 114 et suiv.

(55) Cf. CARBONNIER, *op. cit.*, T. I^{er}, p. 114, n° 34.

a priori et essentiel de toute règle de droit, même celle dont l'existence n'apparaît qu'à la solution d'un cas d'espèce (56).

Mais c'est principalement au juge, en tant qu'interprète, que s'applique l'article 2 du Code civil, placé sous une rubrique qui fournit des indications générales pour la solution des litiges judiciaires. La loi ne rétroagit pas : le juge doit toujours interpréter la loi dans le sens d'une exclusion de tout effet sur le passé. L'article 2 impose au juge une attitude *a priori* en face de toute loi nouvelle (57). Mais l'article 2 s'impose-t-il aussi au législateur ? On a connu des systèmes juridiques pour lesquels la réponse est rigoureusement affirmative. Il s'agit de ceux pour lesquels est prévue une disposition formellement constitutionnelle interdisant au législateur de faire des lois rétroactives. Ceci était prévu par la constitution de l'an III. On cite couramment de nos jours, la constitution norvégienne qui possède une disposition imposant la non-rétroactivité au législateur.

Si cette prescription n'est pas prévue à la constitution française de 1946, on pourrait néanmoins considérer que la règle de non-rétroactivité a une valeur matériellement constitutionnelle, exprimée par une règle coutumière (58). Une telle suggestion ne peut être retenue que si l'on se réfère aux travaux préparatoires qui ont abouti aux constitutions des différents régimes politiques qui se sont succédés depuis la Révolution. On rappellera ici simplement que des propositions tendant à introduire la non-rétroactivité dans le cadre des lois constitutionnelles faites au cours de l'élaboration des Constitutions de la II^e et de la IV^e République, ont été écartées sur le fondement de l'idée que si la rétroactivité des lois est néfaste et dangereuse pour la sécurité des particuliers et les assises de l'Etat, il est parfois utile de faire des lois rétroactives (59). On pensera simplement à la remise en ordre, nécessairement rétroactive, des désordres provoqués par des lois elles-mêmes rétroactives. On songera également à la théorie classique de l'application des lois pénales dans le temps qui n'exclut pas l'application d'une loi pénale nouvelle à des faits anté-

(56) Ceci explique le caractère rétroactif de la décision mi-judiciaire, mi-législative de MOISE. Cf. *supra*, p. 30.

De plus, si le principe de l'art. 2 ne s'impose pas au législateur en tant que règle juridique, il peut s'imposer au juge pris en tant que « législateur » subalterne, de même que dans les régimes fédéraux, la non-rétroactivité inscrite dans la constitution fédérale s'impose aux législateurs des Etats et non au législateur fédéral.

(57) PACCHIONI, *op. cit.*, p. 218, estime inexacte, comme nous le verrons, cette solution. Pour lui, en effet, l'art. 2 n'impose rien d'autre au juge que de se livrer à son travail d'interprétation habituel.

(58) L'article 68 de la constitution de 1958 y fait incidemment allusion. Cf. *infra*, p. 145.

(59) Cf. Travaux de la Commission de réforme du Code civil, T. IV, p. 270. Cf. *id.* l'amendement HERRIOT. Déb. parlem., 1946, p. 3365.

rieurs dès lors que les mesures édictées comportent un adoucissement de la répression en regard de l'état de droit antérieur.

Ce qui demeure valable, c'est que le principe de rétroactivité, s'il ne s'impose au législateur au titre d'une obligation juridique sanctionnable, constitue une indication d'ordre politique de faire le moins souvent possible de lois rétroactives. Le principe de non-rétroactivité a donc sa portée limitée au domaine du juge. Le juge en présence d'une loi devra toujours être conduit à concevoir son application dans le temps comme excluant un effet dans le passé. Toutefois, le législateur, avons-nous vu, peut faire des lois rétroactives par l'inclusion d'une clause de rétroactivité dans la loi; il impose alors au juge de cesser de tenir compte du principe édicté à l'article 2. Par ailleurs, nous avons vu que le juge en tant qu'interprète applique nécessairement la règle qu'il dégage de l'interprétation d'une disposition antérieure aux faits qui se sont passés par hypothèse avant qu'il ait à statuer. Il faudra donc considérer si la loi nouvelle interprète d'une loi ancienne n'a pas lieu de s'appliquer aux faits antérieurs à sa promulgation.

I. — La clause de rétroactivité

69. — On a vu qu'il avait été dégagé depuis fort longtemps que si une loi n'a pas, en principe, d'effet rétroactif, le législateur peut imposer à la loi qu'il édicte une force sur le passé (60). Nous verrons plus loin (61) que le législateur peut non seulement exclure le principe de non-rétroactivité, mais également préciser la portée de la rétroactivité qu'il impose (62). Par la clause de rétroactivité, l'au-

(60) Cf. *supra*, chap. I^{er}, section I, p. 21.

(61) Cf. *infra*, chap. II, section II, § 2, p. 166.

(62) Par-delà la clause de rétroactivité, on a connu des lois déclarées nulles à la suite d'un changement de régime. On retrouve ici tous les effets d'une rétroactivité. L'illégalité de la législation de Vichy, proclamée par l'ordonnance du 9 août 1944 provoque tous les effets de la rétroactivité, avec les différents degrés dont elle est susceptible; certains actes, dits lois, ont vu leur nullité constatée pour le passé comme pour l'avenir. D'autres ont vu leur nullité proclamée, encore que les effets produits dans le passé soient maintenus.

Il faut comparer cette ordonnance du G.P.R.F. avec la loi transitoire autrichienne du 1^{er} mai 1945. (Cf. pour un résumé HORROW, *L'évolution du droit criminel autrichien depuis 1945*.) Cette loi prévoit que seront considérées comme abrogées les dispositions :

- inconciliables avec un Etat autrichien indépendant ;
- inconciliables avec les principes de la démocratie ;
- opposées au sens juridique du peuple autrichien ;
- ayant un contenu spécifiquement national-socialiste.

Il faut noter à ce propos que l'annulation des législations des pays occupés peut s'entendre avec effet rétroactif (p. ex. les lois spoliatrices) ou, au contraire, laisser subsister les applications antérieures des lois annulées. Cf. RAYNAUD, *obs.*, à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, 225.

teur de la loi nouvelle écarte le principe de l'article 2 et la règle de conflit.

Comme l'écrit M. Roubier, seul le législateur peut faire une loi rétroactive, car la rétroactivité représente une position anormale et exceptionnelle de la loi; la loi est faite pour l'avenir et le juge ne peut l'entendre comme portant effet sur le passé. L'expression de cette rétroactivité s'induit de toute formule suffisamment claire d'après laquelle le législateur exprime son intention non équivoque de voir écarter le principe de non-rétroactivité (63). Elle pourra résulter de la volonté exprimée par le législateur de voir la loi nouvelle appliquée dans le passé, sans préciser d'ailleurs qu'il s'agit d'une dérogation au principe de non-rétroactivité (64). Tel est le pouvoir du législateur, limitation à la portée du principe de non-rétroactivité, que la jurisprudence a eu à maintes reprises l'occasion de reconnaître (65).

Devant une règle aussi formellement précise que celle édictée par l'article 2 du Code civil, on conçoit difficilement que l'interprétation du caractère rétroactif d'une loi nouvelle ne puisse aller au-delà d'une clause expresse et explicite de rétroactivité. Ceci doit conduire à exclure la rétroactivité tacite et à préciser les conditions d'application de la clause expresse de rétroactivité.

S'il existe ainsi des dispositions contradictoires sur un même point au sein d'une même loi, les unes décidant la rétroactivité, les autres l'écartant, il y a lieu de concilier les oppositions sur le terrain d'une préférence donnée à l'application de l'article du Code civil. C'est ce que décide un arrêt de la Chambre civile du 24 novembre 1955, aux termes duquel il faut décider « qu'au vu de ces textes contradictoires, il n'est pas permis d'affirmer qu'en l'espèce le législateur, comme il peut toujours le faire par une prescription formelle, ait entendu déroger au principe posé par l'article 2 du Code civil » (66).

(63) *Op. cit.*, T. I^{er}, p. 522.

(64) Cf. sur l'expression de cette rétroactivité. *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, T. IV, 1948-1949, pp. 263 et suiv. Droit comparé : cf. NIPPERDEY, *op. cit.*, T. I^{er}, p. 219 « Das Gesetz kann sich rückwirkende Kraft beilegen » ; GENKIN, *op. cit.*, p. 111 ; PACE, p. 311, n° 99.

(65) Cass. civ., 7 juin 1901, S. 1902.1.513, note WAHL; D., 1902, T. I^{er}, p. 105. Cass. civ., 9 juill. 1934, D.H. 1934.524. (« la loi sous réserve d'une volonté manifestement contraire n'a d'effet que pour l'avenir ») ; Cour d'appel Paris. 20 janv. 1934, *Journal Assurances*, 1934.355 ; Cass. civ., 2, 19 nov. 1954. DS. 1955 ; Trib. civ. 20 mars 1956, D.S., 1956.299 ; Cass. civ., Soc., 29 mars 1955 ; D.S., 1956, S. 87 ; Cass. civ., 13 avr. 1956, S. 1956.42, note J.P.B., D.S., 1956.412 ; Cass. civ., 16 avr. 1956, S. 1956.43, note J.P.B. ; Commis. Rég. appel Sec. Soc. Toulouse, 26 sept. 1956, D.S., 1956.64, etc.

(66) Cass. civ., 2, 24 nov. 1955, DS. 1956.94. La question se posait à propos de l'application dans le temps de la loi du 23 août 1948, dans ses dispositions relatives aux cotisations des employeurs pour la constitution des allocations aux vieux tra-

Cet arrêt révèle une attitude caractéristique de la jurisprudence de ne pas admettre une rétroactivité qui ne soit pas prévue par une clause explicite, même si dans l'hypothèse prévue par l'arrêt, la contradiction des dispositions transitoires contenues dans la loi ne pouvait se résoudre en une limitation des effets de la rétroactivité, mais non en une exclusion de ses effets (67). C'est donc une clause claire et précise qu'exige la jurisprudence pour écarter l'application du principe de non-rétroactivité.

Mais encore une fois, une telle exigence ne se résout pas en un simple formalisme. La volonté du législateur de faire produire un effet rétroactif aux prescriptions édictées peut ainsi s'induire de ce que la loi nouvelle modifie une disposition antérieure qui avait elle-même effet rétroactif par la volonté expressément formulée de ses auteurs. Une application de cette règle de conduite des juridictions est illustrée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 mai 1956 (68) rendu à propos de l'application dans le temps et plus particulièrement, aux instances en cours, de la loi du 12 mars 1956, modifiant le décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux. L'article 39 du décret-loi stipulait que ses dispositions (à l'exception de celles prévues à l'article 21, alinéa 1^{er}) étaient applicables aux baux en cours, ainsi qu'à toutes les instances introduites avant sa publication et en cours à cette date : la loi contenait une exclusion expresse du principe de non-rétroactivité. La Cour de Paris constate alors que la loi du 12 mars 1956 s'insère dans le décret-loi du 30 septembre 1953, en raison des modifications qu'elle apporte à l'article 27 compris dans l'effet rétroactif dudit décret-loi. Elle participe en quelque sorte par contagion de cet effet rétroactif et doit s'appliquer aux instances introduites avant sa promulgation.

La portée de cet arrêt est délicate à préciser. S'il n'est pas douteux qu'il marque l'attitude de la jurisprudence de se contenter pour admettre la non-rétroactivité de l'article 2 d'une manifestation de

vaillieurs salariés (cf. D., 1948.287). S'il demeure qu'en cas de contradiction, c'est une règle pour l'interprète de les résoudre dans le sens de l'application de l'art. 2, encore faut-il que la contradiction n'ait pas été seulement apparente. Il semble ici que la loi de 1948 crée bien un effet rétroactif en faisant produire pour le passé des effets nouveaux à des faits survenus sous l'empire d'une loi ancienne. Elle précise toutefois que la situation de retraité n'entraînera pas d'effets rétroactifs pour l'employeur, si elle a été établie avant le 1^{er} juillet 1948.

(67) L'interprétation restrictive des clauses expresses de rétroactivité ira en s'accroissant avec l'aggravation des effets prévus par la clause de rétroactivité. Cf. not. Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1955, D.S., 1956, S., 74. Considérant qu'une rétroactivité étendue aux causes jugées avait un caractère déjà exorbitant des effets normaux de la rétroactivité, une interprétation stricte limitera l'application du décret du 30 septembre 1953 (baux commerciaux) aux décisions seulement passées en face de chose jugée, mais non aux décisions devenues irrévocables.

(68) D.S., 1956.418, note R. MAUSS; S., 1956.23.

volonté non formaliste, il n'est pas exclu qu'en l'espèce, les conseillers n'aient été conduits à admettre qu'il y avait rétroactivité de la loi, non pas tant parce qu'elle s'insérerait dans une loi antérieure déjà rétroactive, mais également parce que les travaux préparatoires de la loi ne laissent aucun doute sur les intentions du législateur sur ce point (69). Il est certain que la volonté exprimée par le législateur dans les travaux préparatoires n'a pas par elle-même une force obligatoire pour le juge, mais elle constitue un indice qui, joint à d'autres éléments, est de nature à préciser la conviction du juge. Et il n'y a pas lieu d'exclure du domaine de la rétroactivité des lois cette constatation méthodologique d'ordre tout à fait général.

Mais la présence d'un seul indice n'est pas suffisante en face de la règle explicite de l'article 2 du Code civil, ce qui a conduit les auteurs comme la jurisprudence française à écarter toute idée de rétroactivité tacite (70).

70. — M. Roubier a mené contre la rétroactivité tacite une critique très vigoureuse (71). Il a été constaté qu'antérieurement, l'idée de rétroactivité tacite avait dû être admise plus largement en raison même de l'imperfection du critère utilisé dans la règle de conflit pour déterminer les limites respectives des lois ancienne et nouvelle.

C'est un premier grief que l'on peut faire aux doctrines de la rétroactivité tacite de confondre l'application ou la non-application du principe de départ qu'est la non-rétroactivité avec le contenu de la règle de conflit.

Pour M. Roubier, la rétroactivité tacite n'a pu être admise qu'à la faveur d'une autre confusion entre l'effet rétroactif et l'effet immédiat, que cet auteur distingue fondamentalement dans son système (72).

(69) A. JAUFFRET, *Rev. trim. com.*, 1956.248 ; R. HOUIN, *Rev. trim. droit com.*, 1956.197 ; MARION, concl. sur Paris, 29 juin 1953, *Rev. loyers et prop. com.*, 1955.487 ; MOURCEON, *Rep. Commaille* 1956.85 ; M. VEROONE, *Act. jurid. prop. immob.*, 1956.11.92 ; SCHAFFHAUSER, *Lois nouv.*, 1956.37 ; F. GIVORD, *J.C.P.* 1956, D., 1293 - X... S. 1956, chron. I ; *Rev. trim. droit com.*, 1956.423, obs. ; JAUFFRET, et le tableau des différentes décisions.

(70) On sait que le B.G.B., dans la mesure où il autorise une recherche des buts poursuivis par le législateur, peut conduire à admettre une rétroactivité, même en l'absence de clause expresse à cet égard. De même, dans le système de M. PACCHIONI, *op. cit.*, qui limite la portée du principe de l'art. 2 à n'être qu'une règle d'interprétation, la rétroactivité implicite sera plus largement admise.

(71) ROUBIER, T. I^{er}, pp. 522 et suiv.

(72) Cf. en ce sens, cité par M. ROUBIER, T. I^{er}, p. 52 (2), un arrêt de la Cour de Caen du 25 fév. 1883, S. 86.21, D. 84.2.215 ; cf. également l'application de la loi de 1901 aux congrégations antérieurement constituées qui a été justifiée à maintes reprises par l'idée d'une rétroactivité implicite.

Nous ne nierons pas non plus de notre côté qu'une localisation imparfaite des rapports de droit ne rende la règle de conflit conforme aux solutions traditionnelles de la pratique qu'au prix d'un retour à une déformation du principe premier de non-rétroactivité, en admettant une rétroactivité implicite. Et on pourra tirer des termes mêmes de tous les arrêts que nous avons cités précédemment une illustration de la solution moderne qui tend à exclure une rétroactivité qui ne s'induit pas de la volonté nettement exprimée du législateur.

L'idée d'une rétroactivité innée, c'est-à-dire découlant de la nature de la loi considérée, n'est pas plus admissible que la rétroactivité tacite. « Dire que, suivant l'objet de la loi, écrit M. Roubier (73), suivant qu'il s'agit par exemple d'un loi d'ordre public, ou d'une loi relative à l'état des personnes, ou de telle ou telle autre catégorie de loi, l'application de la loi dans le temps devra être différente, c'est formuler une proposition insoutenable » (74).

Admettre, en effet, l'idée d'une rétroactivité innée est le plus souvent le résultat de l'ignorance ou de l'échec d'un critère de détermination de la loi applicable, outre qu'elle saisis le problème non au stade secondaire du contenu de la règle de conflit, mais au stade primaire de reconnaissance de l'existence de cette règle par le principe de non-rétroactivité, ce qui retire tout fondement à la construction de la règle de conflit.

Le vice de certaines constructions transitoires, n'est pas sans rappeler un défaut identique relevé dans certains systèmes doctrinaux internationalistes : on pensera plus précisément aux doctrines personnalistes qui ont dû introduire le principe de compétence de la loi du for en matière d'ordre public, pour contrebalancer les effets excessifs d'une compétence de la loi nationale fondée sur une conception *a priori* de la loi applicable, et éloignée, pour son malheur, de toute préoccupation de localisation; ce qui, dans le temps comme dans l'espace, conduit par l'ignorance systématique des deux catégories temps et espace nécessaires à la compréhension du conflit, à la faillite de tels systèmes.

Les défenseurs d'une telle opinion ont cependant fait valoir en sa faveur qu'en droit pénal, certaines lois bénéficiaient d'une rétroactivité innée.

Ce à quoi on peut répondre tout d'abord que le droit pénal ne connaît ici qu'indirectement les conflits de lois dans le temps et le principe de non-rétroactivité. Il possède le principe de légalité des délits et des peines qui interdit de qualifier un fait qui n'est pas

(73) *Op. cit.*, p. 5.

(74) Cf. ce à quoi parvient pourtant PACCHIONI, *op. cit.*, *loc. cit.*

compris dans la liste des infractions réprimées par la loi. C'est une attitude qui s'explique par le caractère particulier du droit pénal qui tient à l'essentiel de la fonction répressive. L'application de la loi la plus douce à des faits plus sévèrement réprimés par la loi ancienne est par ailleurs d'une transposition malaisée en droit privé, où, quant à la détermination de la loi applicable, rien ne permet de préférer la loi nouvelle à la loi ancienne, si les intérêts des parties sont divergents sur ce point (75).

Enfin, la théorie de la rétroactivité innée est visiblement issue de la distinction des lois relatives aux choses humaines et aux choses divines, apparue sous Justinien, précisée par les Canonistes, adoptée par Domat et transformée à l'usage du droit naturel par la Doctrine du XVIII^e et du début du XIX^e siècles.

Sur le plan du droit naturel, cette opinion est à rejeter. Si on admet l'existence du droit naturel, M. Roubier fait remarquer qu'il y a autant de raisons à en tirer dans le sens de la rétroactivité qu'en faveur de la non-rétroactivité (76). Et l'on sait que le rempart élevé par les partisans de la doctrine des droits acquis contre la rétroactivité des lois repose sur la même idée de droit naturel qui sert à écarter le principe de non-rétroactivité sans fournir le critère de la distinction (77).

En ce qui concerne les lois intéressant les « choses divines », il convient de remarquer que nous quittons le domaine matériel du droit, encore que les prescriptions de la religion puissent conserver certains aspects formels de la règle de droit. Néanmoins, dans la mesure où le droit religieux s'annexe des règles juridiques au sens matériel — tel le droit du mariage par exemple — il les imprègne des qualités propres à l'esprit qui l'inspire. La vérité qu'exprime de telles prescriptions est une vérité révélée encore que le droit canonique ne soit nullement un droit révélé. La loi nouvelle ne fait que rappeler cette vérité, au besoin corriger une pratique condamnable qui la contrariait, ce qui explique que son effet rétroactif tient plus à son caractère interprétatif qu'à la nature du contenu exprimé par ses règles (78). Car c'est, en effet, le régime transitoire de la loi

(75) Pour une explication de la rétroactivité *in mitius* des lois pénales, cf. *infra*, pp. 320 et suiv.

(76) Cf. ROUBIER, T. I^{er}, p. 531, n^o 63.

(77) Cf. *supra*, chap. I^{er}, Sect. I, n^{os} 17 et 18, pp. 30 et suiv.

(78) Du seul point de vue du droit canon, qui n'est pas un droit révélé, la rétroactivité innée, en de telles matières, n'est pas plus justifiable qu'en droit civil. Elle ne se conçoit que pour un droit d'origine religieux, mais fondé sur une révélation divine : prescriptions des Védas ou du Coran, par exemple, ou pour le droit canon, que de ce qui n'est qu'application de la parole divine et non interprétative des docteurs.

interprétative, ainsi que les développements qui suivent vont tenter de le démontrer (79).

II. — La rétroactivité de la loi interprétative (80)

71. — C'est, en effet, une solution admise depuis longtemps que les lois d'interprétation agissent sur le passé, tout en respectant les décisions judiciaires définitives.

La loi d'interprétation répond à un double souci chez ses auteurs : préciser une loi obscure, redresser une jurisprudence ou une pratique qui interprètent une loi antérieure dans un sens qui ne convient pas au législateur actuel (81). Quelle que soit d'ailleurs la cause de l'intervention du législateur, la solution est universellement admise qu'une telle loi reporte ses effets sur le passé.

Diverses explications ont été données de cette solution. La théorie traditionnelle estime que la loi interprétée doit être considérée comme ayant été faite avec l'interprétation apportée par la suite (81 *bis*). La loi interprétative est en quelque sorte incorporée à la loi interprétée et ses effets commencent au jour de la mise en vigueur de la loi interprétée (82).

(79) Les lois confirmatives ont, également, une action sur le passé. Mais il s'agit d'un droit transitoire substantiel et non d'une exception à la règle de conflit (cf. RIPERT et BOULANGER, T. I^{er}, p. 139, n° 306).

Il s'agit de lois destinées à valider des actes considérés comme nuls sous l'empire de la loi ancienne. Ceci ne tend nullement à résoudre un conflit entre la loi ancienne et la loi nouvelle, mais à conférer un effet juridique à des actes qui en seraient privés si on appliquait le principe de non-rétroactivité : c'est la raison pour laquelle nous qualifions la loi confirmative de loi transitoire substantielle. La validité des actes antérieurs résulte d'une condition de la loi nouvelle et non d'une délimitation par la règle de conflit du champ d'application des lois intéressant ces actes. Cf. *infra*, pp. 144 et suiv.

(80) Cf. REYMOND, *Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité*, Thèse Paris, 1925 ; DUGUIT, « La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *Rev. dr. publ.*, 1910, p. 764 ; ROUBIER, pp. 463 et suiv. ; MARTY et RAYNAUD, p. 189 ; RIPERT et BOULANGER, T. I^{er}, p. 122 ; NIPPERDEY, T. I^{er}, pp. 219 et 220 ; LESAGE, *Les principes de Droit public régissant les rapports du législateur et du juge* (1^{re} partie, Titre I^{er}, Chapitre 1^{er}) Thèse Lille, 1958.

(81) Cf. pour une loi interprétative ayant redressé une jurisprudence, la loi du 7 mars 1957, relative à la loi du 18 juillet 1937 (statut des V.R.P.), et précisant que l'absence, dans le contrat de clause interdisant l'accomplissement d'opérations personnelles ne faisait pas obstacle à l'application du statut. Cf. à ce propos Cass. soc., 28 mars 1957, D. 1957.352, *Rev. trim. dr. com.*, 1957.628, obs. JAUFFRET ; Cass. soc., 3 juin 1957 (inf. S.V.P.). Cf. *id.* loi 7 nov. 1922, in article 1384 C. civ.

(81 *bis*) L'effet rétroactif de la loi interprétative est, certes, limité, en ce qu'il ne peut se produire pour une époque où la loi interprétée n'existait pas encore.

(82) Cf. not. Cass. civ., 23 déc. 1845, S. 1846.1456 ; Cass. civ., 25 avril 1939, D.H., 1939.305 ; Colmar, 20 oct. 1936, D.H., 1936.515 ; Pau, 18 mai 1954, D., 1955, S. 18 ; Agen, 8 mars 1955, note ANCEL ; *Rev. trim. droit civil*, 1955.687, obs. SAVATIER ; Agen, 20 nov. 1955, D., 1956, S. 65 ; Aj. Cass. civ., 20 déc. 1934, *Gaz Pal.*, 1935.1304.

On peut immédiatement apporter un argument tiré des effets de la loi interprétative dont le but est de répondre aux questions de compréhension de la loi interprétée, ce qui explique l'exclusion normale de son effet aux questions d'interprétation de la loi interprétée qui ont déjà fait l'objet d'une décision judiciaire définitive. Il n'y aurait donc, en quelque sorte, qu'une apparence d'effet rétroactif (83).

Cet argument peut être renversé par la constatation que l'effet de la rétroactivité expresse est, légalement, de principe exclu des *causae finitae*, et que l'effet de la loi interprétative peut être étendu à ces mêmes *causae finitae* par une disposition expresse de la loi interprétative, comme la clause de rétroactivité peut produire un résultat identique dans les mêmes conditions.

M. Roubier reproche à l'explication traditionnelle de reposer sur une fiction (84). Selon lui, la loi interprétative apporte quelque chose de nouveau.

Selon l'auteur des *Conflits de lois dans le temps*, les auteurs de la loi interprétative se comportent en interprètes et non en législateurs. La loi d'interprétation rétroagit comme rétroagirait un changement de jurisprudence (85) : les faits antérieurs à la loi interprétative comme ceux ayant conduit à la décision jurisprudentielle, sont soumis à la solution dégagée par l'interprète. Ceci expliquerait, selon le maître de Lyon, pourquoi la loi interprétative n'atteint pas les *causae finitae*, mais seulement les situations antérieures à sa promulgation qui n'ont pas encore été tranchée par une décision judiciaire.

MM. Ripert et Boulanger (86), proposent à leur tour une explication originale : ils affirment que la loi interprétative a la mission particulière de donner « une direction au juge pour l'interprétation de la loi ancienne », et non de substituer une règle nouvelle à la règle ancienne. Le juge saisi d'un litige portant sur des faits antérieurs à la loi interprétative doit néanmoins obéir à la directive qu'elle implique quant à la compréhension exacte de la loi ancienne. On rappellera à ce propos que le droit constitutionnel intermédiaire a connu ce recours obligatoire au législateur toutes les fois qu'un texte était jugé trop obscur pour être appliqué purement et simple-

(83) En ce sens cf. MAILHER DE CHASSAT qui cite, p. 126 l'opinion de FRANZKE : « la loi interprétative est l'expression plus claire de la volonté du législateur, le développement donné au sens d'une loi ambiguë ». Cf. p. 128, union de la loi interprétative à la loi interprétée, mis en évidence dans 3 arrêts cités par MERLIN.

(84) *Op. cit.*, T. I^{er}, p. 465. La mode est, aujourd'hui, à la critique de toute construction reposant sur la fiction. Un réalisme bien compris ne devrait-il pas conduire au contraire à reconnaître la part d'artifice dans l'ensemble de la construction juridique ? L'essentiel est de ne pas prendre du fictif pour du réel, sans pour autant méconnaître l'utilité des fictions.

(85) Sous réserve de ce qui a été dit plus haut sur une telle rétroactivité.

(86) *Op. cit.*, p. 139, n° 307 ; dans le même sens, LESAGE, Thèse précitée.

ment. C'était le référé législatif par lequel il était demandé aux autorités législatives de procéder à une interprétation de la loi, interdite à cette époque aux autorités judiciaires.

On a reproché à la théorie classique, de l'incorporation de l'interprétation au droit interprété, de reposer sur une fiction. La loi nouvelle qui interprète un texte ancien ne peut être, en réalité, selon cette critique, considérée comme une simple explication de la loi ancienne. En effet, interpréter, c'est exprimer en vue d'une certaine fin ce que l'on a compris d'un texte (87). Dans le domaine juridique, la fin poursuivie est l'adaptation à un problème particulier d'une règle abstraite et générale. La règle ancienne par la généralité, voire l'imprécision de son contenu, a pu poser des difficultés d'application aux cas d'espèce, telles qu'elles n'aient pu être résolues ou l'ont été de manière peu satisfaisante, ce qui a suscité la loi interprétative. En précisant ce qui était imprécis, en complétant ce qui était incomplet, en rectifiant ce qui était erroné, la loi interprétative nouvelle ajoute à la loi ancienne. L'interprétation suppose un apport personnel de l'interprète. Ce n'est que par une fiction que l'on peut admettre que la loi ancienne contenait dès l'origine les précisions que lui ont fourni, à la lumière de l'expérience, ses interprètes, juges ou auteurs d'une loi interprétative. Il n'est donc pas prétendu ici qu'il n'y a pas de fiction : on se demandera simplement si on peut se passer de cette fiction.

Il s'agit en effet de comprendre que lorsque le juge interprète une loi, quelles que soient les insuffisances de sa formulation, il entend dégager une règle de droit applicable à l'espèce qui lui est soumise par les différents procédés d'interprétation qu'il a à sa disposition. L'interprétation ne doit pas se comprendre à partir des termes d'une règle déterminée, mais à partir de l'ensemble de l'ordonnement juridique, qui comprend les règles expressément formulées aussi bien que celles qui ne le sont pas. L'interprète, chargé de résoudre le cas particulier, n'entend pas créer le droit, mais le dire, ce qui signifie qu'à partir d'un ensemble de prescriptions et de méthodes, il déclare ce qui aurait dû être fait et non pas ce qu'il faut faire. Et cette détermination de la règle que fournit le juge, il ne faut pas dire qu'elle s'effectue *a posteriori*, car chacun a à sa disposition les mêmes matériaux, les mêmes procédés, qui doivent permettre *a priori* de connaître la règle de conduite. Seule la diversité de l'esprit des hommes ne permet pas, en toute hypothèse, une identité dans les déterminations; toutefois, la généralité de la règle postule cette identité et c'est là que réside la fiction. Mais sans cette fiction, il n'y a

(87) Cf. *Nouveau Littré*, V° Interprétation.

pas de droit possible, puisque seule elle permet de considérer la règle de droit dans ses éléments caractéristiques d'être abstraite et préétablie, c'est-à-dire de valoir avant l'action comme indication des conduites à suivre, avec toutes les conséquences sociales qu'elles peuvent entraîner.

Lorsque l'on affirme que la loi interprétative s'incorpore à la loi interprétée, c'est peut-être contraire à la réalité, mais c'est très probablement conforme à la nature et à la fonction de la règle de droit.

En réalité, la fiction conduit à considérer toute interprétation comme n'étant pas une création du droit, mais simplement sa découverte, et ceci vaut aussi bien dans le cas de l'interprétation par le juge que par l'autorité législative.

Notre position n'est donc pas tellement éloignée de celle de M. Roubier : nous croyons simplement que justifier la rétroactivité de l'interprétation législative par l'analogie avec l'interprétation judiciaire repose autant sur une fiction que la théorie de l'incorporation de l'interprétation au droit interprété. La fiction tient dans tous les cas au rôle de l'interprétation qui n'est pas de créer le droit mais de le dire, et ce, quelles que soient en réalité les lacunes ou les obscurités de la législation positive. Dans cette conception de l'interprétation du droit, la théorie de M. Roubier est bien proche de l'explication traditionnelle.

Et si l'on considère que l'interprétation vise essentiellement une méthode de connaissance du droit, la loi interprétative peut alors très bien s'imaginer comme fournissant aux juges des directives en vue d'une exacte compréhension de la loi ancienne. Les directives qui ne sont pas théoriquement des modifications de l'état de droit antérieur s'imposent au juge puisqu'elles ne sont que des moyens d'élucidation et de compréhension de règles toujours en vigueur.

C'est la raison pour laquelle les auteurs d'une réforme nouvelle pourraient avoir tendance, en dépit du caractère précis et non controversé du droit antérieur, à qualifier leur œuvre d'interprétative, ce qui aura pour conséquence d'en reporter les effets dans le passé, sans qu'ait été prononcée une rétroactivité, jouissant d'une défaveur méritée (88).

Les dispositions interprétatives de la loi formelle peuvent donc être décelées :

— par la mention expresse de leur caractère interprétatif;

(88) C. cass., 1^{re} civ., 20 juin 1953, J.C.P. 1955.2.8830, note ANCEL ; *Rev. trim. droit civil*, 1955, 637, obs. SAVATIER.

Une jurisprudence aberrante de la Chambre sociale semble l'avoir oublié (20 mai 1958, *Gaz. Pal.*, 1958.II.60. - 16 mai 1957, *Gaz. Pal.* 1957.II.131). Aussi peu justifiée que puisse paraître la qualification d'interprétative donnée par la loi nouvelle, elle s'impose au juge.

— par le rapprochement entre les prescriptions qu'elles contiennent et l'état du droit antérieur à leur promulgation qui peut faire apparaître soit l'intention du législateur de se comporter en interprète des lois précédentes (notamment en redressant une jurisprudence antérieure), soit le besoin de l'état du droit antérieur d'être précisé et complété, dans la mesure où les dispositions nouvelles paraissent répondre à cette double éventualité.

L'opportunité de faire œuvre d'interprétation est évidemment de la décision du législateur présent : le caractère erroné d'une jurisprudence antérieure est une qualification qui relève de la compétence de la loi nouvelle. On comprendra mieux encore comment la différence entre la clause d'interprétation et la clause de rétroactivité est mince et demeure bien souvent plus de forme que de fond.

La thèse de MM. Ripert et Boulanger n'est donc pas, comme on peut le constater, très éloignée des explications déjà proposées.

72. — Une difficulté subsiste qui résulte de la dualité de compétence que l'on reconnaît ici aux autorités législatives.

Lorsque l'interprète de la loi est un juge, on sait qu'il s'agit d'une autorité apte à dire le droit et non à le créer : la fiction nécessaire du caractère préétabli de la règle de droit conduit en effet à refuser à l'interprète tout pouvoir créateur du droit. Aucune confusion n'est donc à craindre ici.

Il n'en est pas de même lorsque l'interprète se trouve avoir habituellement compétence pour créer le droit ; lorsque les autorités législatives agissent en interprète, leurs prescriptions peuvent, en dépit du principe de non-rétroactivité, reporter leurs effets à une époque où elles n'étaient pas encore nées, alors que leur œuvre créatrice de droit ne saurait rétroagir sans stipulation expresse.

La loi interprétative rétroagit, sans qu'il soit besoin de le prévoir expressément, alors que la loi créatrice ne peut reporter ses effets dans le passé que si ses auteurs l'ont explicitement prévu.

On conçoit alors l'intérêt de rechercher le critère de détermination de la loi interprétative, ou plus exactement des dispositions interprétatives d'une loi formelle.

On oppose traditionnellement sur ce point les lois interprétatives par détermination de la loi, aux lois interprétatives par nature. Cette distinction rend compte assez mal de la situation véritable, puisque la déclaration définissant la loi interprétative est suffisante pour justifier l'effet sur le passé, mais non nécessaire comme le démontre l'existence des lois interprétatives par nature. A défaut d'une mention expresse du caractère interprétatif de la loi nou-

velle (89), comme en matière de rétroactivité, une recherche de la volonté manifestée par le législateur est indispensable, encore qu'ici le besoin d'interprétation de la loi ancienne pourra être retenu comme impliquant le caractère interprétatif de la loi, alors qu'en matière de clause de rétroactivité, l'utilité d'exclure en l'hypothèse l'article 2 du Code civil ne pouvait suppléer à l'absence d'intention manifeste du législateur de faire produire un tel effet à la loi nouvelle (90).

C'est dans ce sens qu'un arrêt de la Cour de Cassation (91), estime que le caractère interprétatif d'une loi ne peut se déduire que de l'intention claire et formelle du législateur de préciser et d'expliquer le sens obscur ou contesté d'un texte déjà existant.

Il n'est pas contestable d'ailleurs qu'une telle recherche d'intention, à défaut de précision de la part du législateur, est délicate; on peut alors se demander quelle différence il y a avec la clause de rétroactivité et être conduit à des solutions divergentes (92).

C'est ainsi que deux arrêts de la Cour d'appel d'Agen concluent en sens contraire à neuf mois d'intervalle sur le caractère interprétatif de la loi du 15 septembre 1954 (93).

On constate que l'effet dans le temps des lois interprétatives aboutit à écarter assez souvent, de la même façon que la clause de rétroactivité expresse, le principe de non-rétroactivité. Dans les cas où le législateur agit comme interprète, on ne peut vraiment pas parler d'effet rétroactif : la relativité des vérités contenues dans les lois successives n'est pas en cause à proprement parler, puisque l'état de droit n'est pas modifié (94). C'est à cet égard pour cette raison qu'il semble impropre de parler, même à propos des lois interprétatives, de rétroactivité innée (95).

(89) Cf. pour un exemple de loi interprétative, la loi du 17 juillet 1956 (*J.O.* du 18 juillet), modifiant les articles 830 et 840 du Code rural (causes de non-renouvellement du bail à ferme ; *id.*, art. 3, loi du 4 août 1956 (*J.O.* du 7 août), sur le renouvellement des baux : « Les dispositions de la présente loi ont un caractère interprétatif. »

(90) Cf. *contra* B.G.B. ; cf. *infra*, chap. III, p. 297.

(91) Cass. civ., 27 déc. 1934, *Gaz. Pal.*, 1933.1.304, précité.

(92) Cf. en ce sens toujours citée la loi du 1^{er} août 1893, art. 3, modifiant la loi de 1867, relative à la responsabilité des fondateurs, déclarée interprétative malgré l'état de droit antérieur parfaitement clair et l'absence de controverses jurisprudentielles.

(93) 8 mars 1953, D.S., 1955, S., 57 et 30 nov. 1955, D.S., 1956, S., 65.

(94) Ce n'est certes qu'au prix d'une fiction, mais cette fiction est postulée par la nature de la règle de droit.

(95) Sans admettre une rétroactivité innée en raison de la nature de certaines lois, on reconnaîtra cependant à la loi confirmative une nature tenant à sa fonction, propre à écarter l'application du principe de non-rétroactivité, optique d'ailleurs qu'ignore la loi interprétative. Cf. sur le type de loi confirmative, l'exemple toujours donné de la loi du 21 juin 1843, intervenue pour régulariser les actes notariés faits hors l'assistance d'un second notaire, conformément à la loi du 25 ven-

B. — SIGNIFICATION DU PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ.

73. — Il importe, à présent, après avoir énoncé le principe de non-rétroactivité et en avoir précisé la portée, d'en rechercher la signification.

C'est que, placé en tête des dispositions du Code civil pour indiquer à ses interprètes ce que serait le champ d'application des lois, le principe de non-rétroactivité engendre des attitudes variées dont l'audace est encouragée par la concision même du principe.

On a pu concevoir que le principe de non-rétroactivité était à lui seul une règle de conflit transitoire. Cette confusion a été réalisée par les théoriciens des droits acquis, qui tentèrent tour à tour d'interpréter le principe de non-rétroactivité soit comme la conséquence de la conception du droit acquis, soit le droit acquis comme le critère d'application du principe permettant de dire quand il y avait ou il n'y avait pas l'effet rétroactif condamné par l'article 2.

Une fois qu'est apparue l'insuffisance de la notion du droit acquis, on a été appelé à considérer que les seuls termes de l'article 2 ne permettaient pas de résoudre toutes les questions soulevées par la succession des lois dans le temps. S'il permettait d'en résoudre quelques-unes de fort simples, il ne donnait pour d'autres cas, de solution qu'au prix d'une dénaturation du concept primitivement défini de droit acquis.

Un progrès a été réalisé lorsqu'on a été amené à penser que la prohibition de l'effet rétroactif ne recouvrait qu'une partie de la réalité vivante du conflit né de la succession des lois dans le temps.

Ce résultat a été particulièrement mis en valeur dans la construction édifiée par M. Roubier. Cet auteur à l'avis duquel se joint actuellement la très grande majorité de la doctrine française, a montré que le principe de non-rétroactivité ne prévoyait que l'un des effets possibles de la loi. Il laissait dans l'ombre, c'est-à-dire au soin de la doctrine de le découvrir, l'effet immédiat de la loi nouvelle sur les situations en cours et la survie de la loi ancienne à l'époque de l'application d'une norme nouvelle. Et de ces trois effets possibles de la loi, cette doctrine tirait comme règle principale de conflit la

tôse, an V: Cf. d'ailleurs ce qu'en disait MAILHER DE CHASSAT : « C'est le trouble, le désordre qui amène à proscrire l'effet rétroactif dans les transactions sociales ; or, les lois confirmatives d'ores et déjà existantes, avaient, au contraire, pour but l'ordre et la consolidation de ce qui existe ; elles doivent donc être pleinement exécutées, comme lois de justice. » Et il cite BACON (aphorisme 49). *At hujus modi leges confirmatoriae, ad pacem et stabilimentum eorum quae transacta sunt spectant.* Comme nous le disions plus haut, la loi confirmative relève du droit transitoire substantiel.

règle de l'effet immédiat : toute loi doit recevoir une application immédiate, l'application dans le passé de cette loi est prohibée; la survie de la loi ancienne n'est admise que pour les contrats. Cette théorie a été reprise par MM. Ripert et Boulanger qui ont précisé le critère de l'effet rétroactif à partir d'une distinction entre le contenu et les conditions d'existence des situations juridiques, déjà prévue par M. Roubier, et reprise à ses origines, c'est-à-dire chez Savigny, par les auteurs du *Traité élémentaire de droit civil*, de Marcel Planiol.

Nous avons montré en son temps comment et pourquoi la théorie de l'effet immédiat ne nous satisfaisait pas pleinement. Notamment à propos de la survie de la loi ancienne, on supposait quelque peu le problème résolu parce que connu, de l'exception relative au contrat, mais sans bien montrer les raisons de l'abandon sur ce point du principe de l'effet immédiat, ou en tout cas à l'aide d'arguments qui ne rendaient pas compte du caractère temporel du conflit, alors qu'une telle attitude avait porté ses fruits à la justification de l'effet immédiat. En bref, nous reprochions à cette doctrine d'avoir élaboré une construction assez peu homogène et surtout de ne pas avoir tiré tout le parti souhaitable de l'analyse fondamentale qui a été pourtant faite par ses auteurs, de la situation juridique, sous l'optique de la catégorie temps. Enfin, la règle de l'effet immédiat conduisait à masquer le conflit des lois dans le temps, par l'application d'un principe *a priori* d'application immédiate de la loi nouvelle dont l'excès introduisait dans le système un déséquilibre analogue à celui rencontré en droit international privé à propos des doctrines favorables à la notion de territorialité ou de personnalité. Nous sommes donc amené à n'accepter qu'avec réserve cette appréciation de la signification du principe de rétroactivité qui porte à y voir un élément de la règle de conflit. Nous l'admettrons provisoirement sans discussion, surtout en regard de la théorie classique qui avait confondu la règle de conflit avec le principe de non-rétroactivité, surtout aussi en regard d'une théorie opposée qui voit dans le principe de non-rétroactivité une simple règle d'interprétation, impartiale pour le juge, exclusive de toute idée de conflits des lois dans le temps. C'est à la théorie de M. Pacchioni que nous faisons allusion (96).

74. — On conçoit évidemment que la construction de l'éminent juriste italien se doit de commencer par nier toute analogie entre

(96) Cf. PACCHIONI, *op. cit.*, pp. 215 et suiv.

le droit transitoire et le droit international privé (97). Il est conduit ensuite à partir de la constatation parfaitement exacte que le principe de non-rétroactivité ne s'impose pas au législateur pour en arriver à concevoir que c'est par simple voie d'interprétation de la volonté du législateur dans la loi elle-même qu'il faut rechercher si elle doit avoir effet dans le passé ou dans l'avenir (98). Il fait valoir que si cette interprétation vaut bien pour mettre en valeur les différences substantielles des deux régimes législatifs, elle est valable, *a fortiori*, pour la détermination du champ d'application des lois en présence (99). Et il conclut à l'inexistence d'une règle de conflit (100).

Et comme il faut tout de même régler les difficultés nées de la succession dans le temps de lois différentes, l'auteur propose d'étudier la rétroactivité ou la non-rétroactivité des lois, séparément, par groupes, par matières, ce qu'il fait d'ailleurs en respectant les solutions traditionnelles en dépit de *la impossibilita di dare forma a un principio delle retroattivita* (101).

Le tort de cette « construction » nous semble d'avoir perdu de vue qu'une règle d'interprétation peut être donnée au juge non seulement pour lui imposer le devoir de faire respecter la volonté du législateur, mais également de fournir des limites à l'appréciation subjective de cette volonté que le juge peut faire prévaloir à l'occasion de l'application à une espèce donnée d'une règle générale. En matière de rétroactivité, la part doit être faite en raison des difficultés d'usage présentées par les critères traditionnels, des dangers d'un processus purement intuitif conduisant à la détermination des cas de rétroactivité.

Or, il nous semble que le principe de non-rétroactivité impose au juge de ne donner un effet rétroactif à la loi que si elle le précise. Il n'y a pas, en effet, de commune mesure entre la proscription de l'effet

(97) *Op. cit.*, p. 217. Cf. *contra* chez NIPPERDEY, T. I^{er}, pp. 219 et suiv., le droit international privé et le droit transitoire sont groupés sous la rubrique « Der Herrschaft bereich der Rechtverschriften », et les références citées *supra*, p. 19, note 1.

(98) « Ed a ragione eminenti giuristi moderni hanno decisamente sostenuto che la questione della retroattivita o irretroattivita delle leggi è una questione la cui soluzione dipende esclusivamente dalla interpretatione delle undesima. »

(99) *Op. cit.*, p. 231 : « ... Come già abbiamo repetamento detto ogni nova legge, come può abrogare una legge anteriore totalmente o solo parzialmente per quanto riguarda il suo contenuto, così la può abrogare parzialmente o totalmente anche per quanto riguarda la sfera della sua applicabilita nel tempo. »

(100) *Op. cit.*, p. 231 : « ... la questione della retroattivita o irretroattivita delle leggi non sia già, come da tanti situazione, una questione da risolversi in generale per tutte le leggi, in base a date norme o principii, ma piuttosto una questione di interpretatione di ogni singola legge » et *op. cit.*, p. 230 : « La giurisprudenza, nell'interpretare queste leggi, deve ricostruire la volonta del legislatore : cosa non può quindi limitarla *a priori* con suoi postulati di giustizia. »

(101) *Op. cit.*, p. 250.

rétroactif explicité par le principe contenu à l'article 2, et une manifestation de volonté contraire, qu'on ne peut non sans quelque risque d'arbitraire faire résulter d'intentions cachées du législateur : l'imprécision des hypothèses de lois interprétatives nous a servi sur ce point de leçon (102).

Ensuite, dans la mesure même où toutes les lois comporteraient des dispositions explicites relatives à leurs effets sur le passé, il serait du rôle de la science du droit de dégager le principe conducteur de la politique transitoire ainsi suivie, qui serait certainement celui d'une exclusion très fréquente de l'effet rétroactif.

Mais il s'en faut de beaucoup que toutes les lois comportent des dispositions transitoires, et l'élaboration d'un système de conflit est une nécessité si l'on veut régler les difficultés non prévues par la succession des lois (103).

Au demeurant, si on supprime le principe de non-rétroactivité en tant que principe, le juge dans le silence de la loi particulière, sera amené par la fiction de l'interprétation d'une volonté qui ne s'est pas manifestée, à rechercher dans les principes, l'équité, ou à l'aide de conceptions, de processus ou de méthodes intellectuelles, propres au juriste, une solution, a-temporelle, ignorant peut-être le principe de non-rétroactivité et l'existence d'un conflit de lois, mais qui ne saurait être très éloignée de la solution beaucoup plus aisément obtenue à partir du principe de non-rétroactivité. En fait, la théorie de M. Pacchioni conduit à supposer qu'à défaut de volonté expressément formulée, le législateur a entendu que sa loi n'aurait effet que pour l'avenir. Ce qu'on lui accordera bien volontiers tout en se demandant ce qu'il demeure de la négation d'un principe de non-rétroactivité. L'auteur a, en réalité, été influencé par le caractère de norme habituelle de conflit, mais cela n'est pas de nature à faire écarter pour autant, et l'existence d'une règle de conflit et celle du principe, pas plus que le caractère national de la plupart des règles du droit international privé ne conduit à nier la réalité d'une règle de conflit dans l'espace (104).

(102) Cf. *supra*, II, sect. I, § I^{er}, p. 127.

(103) Ce sont parfois même les obscurités des dispositions transitoires qui doivent être dissipées à l'aide de la règle de conflit.

(104) Il est d'ailleurs remarquable de constater que l'existentialisme juridique ne rejette pas en général le principe de non-rétroactivité ; pour certains, comme COHN, *Existentialismus und Rechtswissenschaft* et son c.r. par M. BATIFFOL in *Rev. crit. D.I.P.*, 1956, p. 596, le principe de non-rétroactivité est un des rares dont les juristes ne peuvent se passer. D'un point de vue plus général et sans prendre partie sur la valeur propre de la philosophie existentialiste, on ne peut nier qu'elle constitue un ferment dangereusement destructif de toute science du droit. La controverse célèbre entre MM. CHENOT et RIVERO avait, en son temps, laissé entrevoir

75. — Et c'est, croyons-nous, la signification première du principe de non-rétroactivité de poser l'existence de la règle de conflit. Il est né, on le sait, de la constatation évidente et réaliste de la relativité dans le temps des vérités contenues dans les règles de droit. Partant de cette constatation, il a fallu découvrir le remède qui permettrait de régler les difficultés nées de la succession des lois dans le temps. Le remède, c'est le principe de la non-rétroactivité qui prévoit que ce que la loi nouvelle tient pour vrai et pour juste n'est pas nécessairement ce que la loi ancienne tenait pour vrai et pour juste, et on ne peut exiger des individus qu'ils aient eu sous l'empire de la loi ancienne, cette prescience des vérités nouvelles et l'auraient-ils eue, qu'il n'était pas concevable que leur comportement soit jugé autrement que par rapport à la norme établie (105).

En décidant que la loi nouvelle n'agit pas sur le passé, le principe de non-rétroactivité pose seulement l'existence de la règle de conflit.

En effet, nous avons vu qu'il ne rend pas compte de bon nombre de difficultés soulevées par la succession des lois dans le temps. C'est donc à titre de point de départ du droit transitoire qu'il faut le retenir : en posant l'existence de la règle de conflit, son contenu en explique sa nécessité. Mais ce en quoi notre construction diffère de celles couramment proposées, c'est que nous estimons, en effet, que le principe de non-rétroactivité contient le critère premier qui doit nous servir de fil conducteur dans l'élaboration de la règle de conflit : il s'agit de la localisation dans le temps, entrevue déjà par Savigny.

C'est, selon nous, de la localisation dans le temps des rapports de droit que doit surgir la détermination de la loi applicable.

C'est là la double signification du principe de non-rétroactivité, de poser l'existence de la règle de conflit et d'indiquer la méthode qui devra être suivie. Jointe aux résultats des recherches poursuivies quant à la portée du principe de non-rétroactivité, cette signification doit nous permettre d'aborder l'étude externe de la règle de conflit, d'en préciser l'objet, la fonction, la nature, les caractères (106).

cette éventualité. C'est ce à quoi nous nous sommes attaché à plusieurs reprises en démontrant le caractère nécessaire de la fiction du caractère préétabli de la règle de droit.

(105) Cf. toutefois, Trib. civil de la Seine, 4 déc. 1956, 2^e ch. (inédit), aimablement à nous communiqué par M^e J.-F. RAMBAUD : « ...que la promulgation de la loi du 15 juillet 1954 était d'autant plus prévisible qu'elle a fait l'objet d'une proposition de loi qui est venue en discussion les 5 et 23 mars 1954. » On exprimera les plus expresses réserves sur cette affirmation péremptoire : *nemo jus futurum ignorare censetur* !

(106) Sur l'idée assurément hétérodoxe, que le principe de non-rétroactivité n'existe pas, et que la rétroactivité est la règle, cf. BAUDOIN, concl. ss/Civ., 8 févr. 1904, D., 1904.1.177 ; comparer Cour appel Paris, 10 juin 1937, D.H., 1937.413.

§ 2. — ETUDE EXTERNE DE LA REGLE DE CONFLIT

76. — Nous avons vu au paragraphe précédent, comment quant à sa portée, le principe de non-rétroactivité s'appliquait à toutes les règles de droit dès lors que leur champ d'action était susceptible d'être limité dans la durée et se situait dans la hiérarchie des normes, au même degré que les règles normales. Les caractères de la portée du principe de non-rétroactivité, point de départ de notre règle de conflit, ainsi que nous l'avons montré lorsque nous avons essayé d'en percevoir la signification, vont nous servir à l'approche externe de cette règle de conflit. Portée et signification du principe de non-rétroactivité nous permettront de définir l'objet et la fonction, la nature, et le caractère de la règle.

1° OBJET ET FONCTION DE LA RÈGLE DE CONFLIT.

77. — Ils se confondent avec celui du droit transitoire. On en connaît l'origine maintes fois rappelée ici. La constatation de la succession des règles de droit dans le temps, conduit comme celle de la diversité des règles de droit dans l'espace, à admettre la nécessité d'une règle de solution des conflits qui en résultent. Les moyens propres à aboutir à cette règle, la règle de conflit elle-même, ses prolongements et ses contacts avec le milieu juridique, constituent un système de coordination dont l'objet est de résoudre les conflits nés de la succession des lois dans le temps (107).

La fonction de la règle de conflit est une conception dynamique, concrète, projetée dans l'action de son objet : c'est l'objet vécu.

La fonction de la règle de conflit transitoire suppose, pour être connue, qu'en soient d'abord précisés les fondements, c'est-à-dire, dans le sens que nous entendons lui donner, les éléments extra-juridiques qui, du quadruple point de vue de la logique, de la psychologie, de la morale et de la philosophie sociale, servent d'assises, d'« infrastructure » à la règle de conflit, encore que les caractéristiques de ces éléments ne soient pas nécessairement propres au droit transitoire (108). La limite de l'utilisation de ces fondements est

(107) L'objet peut d'ailleurs être vu sous la forme d'un but, d'une finalité à atteindre.

(108) Sur la signification métajuridique du mot *fondement*, cf. J. SCHMIDT, *Essai sur la notion de principe juridique*, Thèse Paris, 1955, p. 17, qui rappelle la définition donnée au vocabulaire de LALANDE (p. 364) (le fondement est « ce qui donne à quelque chose son existence ou sa raison d'être »), et qui oppose d'une manière très heureuse « fondement » à « principe », substantif à signification exclusivement juridique.

donnée par leur « praticabilité » juridique, au sens que donne Jhering à cette qualité.

Du point de vue de la logique et du problème gnostique, la règle de conflit postule l'utilisation de la catégorie « temps » (109). Conformément à la pensée kantienne nous tiendrons ici le temps comme une forme *a priori*, comme « une forme pure de l'intuition sensible » (110), et non comme un concept. La difficulté de compréhension des problèmes transitoires, vient de ce que, à la différence des problèmes spatiaux, l'observation des phénomènes juridiques a été souvent conduite en perdant de vue l'importance du temps en tant que catégorie. C'est qu'« on ne saurait exclure le temps lui-même par rapport aux phénomènes en général, quoi qu'on puisse fort bien faire abstraction des phénomènes dans le temps. Le temps est donc donné *a priori* » (111).

Toujours, également, en regard de cette utilisation de la catégorie temps, il ne faudra pas perdre de vue l'infirmité de l'esprit humain à concevoir le temps en soi en dehors d'une représentation spatiale et les conséquences en résultant dans la réflexion sur les questions transitoires (112). Bergson a su, dans une page inoubliable, en expliquer les raisons profondes : « ... Nous éprouvons une incroyable difficulté à nous représenter la durée dans sa pureté originelle; et cela tient sans doute à ce que nous ne durons pas seuls : les choses extérieures, semble-t-il, durent comme nous, et le temps, envisagé de ce dernier point de vue, a tout l'air d'un milieu homogène » (113).

78. — Le point de vue de la psychologie a déjà été effleuré au cours de nos développements antérieurs (114). Nous pensons qu'il a sa place dans les fondements de la règle de conflit, sous le double aspect de la volonté et du sentiment de frustration (115).

Dans la mesure où la loi nouvelle déçoit une attente née de l'existence de règles contenues dans la loi ancienne, il n'est pas niable

(109) Cf. de SZASZY, « Les conflits de lois dans le temps », *Rec. Cours La Haye*, 1934, T. XLVII, pp. 149 et suiv.

(110) KANT, *Critique de la raison pure*, trad. TREMESSAYGES-PACAUD, pp. 72 et 73.

(111) Cf. de SZASZY, *op. cit.*

(112) Il va de soi que les catégories « temps » ou « espace » ne sont à retenir dans le domaine juridique que dans la mesure où elles expriment des différenciations de l'ordre juridique. Comp. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Doctorat, Paris, 1953-1954, pp. 41 et 42.

(113) BERGSON, « Essai sur les données immédiates de la conscience » (P.U.F.), p. 82.

(114) Cf. *infra* à propos de la doctrine volontariste de LASSALLE, n^{os} 36 et 37, pp. 58 et suiv.

(115) Cf. « Les aperçus des possibilités de la psychologie dans le domaine du droit », donnés par M. CARBONNIER, in *Etudes de psychologie juridique. Annales Université de Poitiers*, 1949, pp. 29 et suiv.

que le sens commun tentera de confondre l'effet frustratoire de la loi nouvelle avec son effet rétroactif, surtout s'il a connaissance de la réprobation opposée sur le seul plan de la politique juridique à l'effet rétroactif des lois. Et sans reconnaître à une telle distinction la valeur d'un critère utilisable par le juriste, il faudra reconnaître que dans l'hypothèse d'un effet vraiment rétroactif, par exemple si l'acquisition d'un bien est remis en question par l'effet de la loi nouvelle, la notion de rétroactivité se confond avec la réalité psychologique de la frustration.

Le rôle de la volonté dans la condamnation de l'effet rétroactif avait été mis en valeur par Lassalle, sans d'ailleurs qu'il ait pu en tirer grand profit sur le plan juridique.

Les psychologues définissent l'acte volontaire comme « un acte précédé d'une idée de cet acte ou d'une idée de ses effets immédiats, et déterminé par cette idée » (116). Dans la mesure où un acte volontaire pris en connaissance des effets juridiques que lui conférerait une législation donnée, n'est pas suivi de ces effets, il en résulte un contre-choc d'incidence variable, pouvant aller d'une conception de la rétroactivité liée à l'aspect frustratoire déjà entrevu, à une conception beaucoup plus élevée reposant à nouveau la question de la liberté de l'homme. La rétroactivité constitue une atteinte à la liberté humaine en ce qu'en posant des conséquences *a posteriori* à des choix passés, elle conduit à faire supporter à l'individu les suites d'un choix en faveur duquel il ne se serait pas prononcé en connaissance de ces conséquences. Le résultat est donc le même que si l'individu avait été contraint d'adopter cette conduite. Mais là où cette théorie manque son but, c'est quand elle oublie qu'en dehors de tout conflit transitoire, des conséquences peuvent être imposées impérativement par la loi et qu'il est des situations où la volonté ne joue aucun rôle. De ceci nul n'a jamais douté : l'aspect transitoire ne justifie en rien que la question en soit posée à nouveau.

Il demeure acquis que cette volonté déçue va provoquer un trouble qui, en regard de l'ordre social, est néfaste : « Pour que les relations sociales se nouent et se développent aisément, un minimum de prévisibilité est la règle » (117).

(116) Cf. P. GUILLAUME, *Manuel de Psychologie*, pp. 210 et 220, « Volonté et finalité. Valeur de la volonté comme choix ». « La volonté est l'intervention de la personnalité totale dans la motivation de chaque acte particulier. » Et sur la liaison de cette notion d'acte volontaire avec les questions de philosophie sociale soulevées plus loin : « ... la hiérarchie des conduites se précise par l'éducation sociale et morale... Elle a ses causes dans la nécessité de l'adaptation aux conditions générales de vie », *op. cit.*, p. 222.

(117) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 277, n° 122. C'est un postulat du Droit ; cf. *supra*, pp. 128 et suiv. ; cf. sur son origine, DEKKERS, *op. cit.*, n° 293, pp. 256 et suiv.

Et c'est par là que nous en arriverons au point de vue de la philosophie sociale quant à son influence sur la règle de conflit transitoire : par l'idée de prévisibilité des conséquences juridiques d'un comportement qui se retrouve ici, fondamentale en regard tant du droit en général que du droit transitoire. Le droit, écrit M. R. Savatier, « permet à l'homme de connaître à l'avance les conséquences sociales qui s'attacheront à ses actes et seront au besoin sanctionnées par la force publique et donc d'être libre d'orienter à coup sûr son activité » (118). Mais il n'y a pas que l'idée de prévisibilité qui est utilisable pour justifier les fondements généraux de la règle de conflit dans le temps. Et l'idée de prévisibilité déçue rejoindra le sentiment de la confiance qui est selon certains un des concepts fondamentaux de la théorie générale du droit (119).

79. — La règle de conflit répond à un souci certain de sécurité juridique. La rétroactivité systématique en remettant toujours en cause les conséquences des comportements juridiques amènerait un bouleversement inévitable de l'ordre social (120).

On connaît la deuxième valeur fondamentale avancée par M. Roubier : il s'agit de la Justice, qui sert de base à toute règle de droit. Et là l'aspect moral intervient : la justice et le bien ne sont pas satisfaits lorsqu'une conduite se trouve produire des conséquences imprévisibles, ce qui ne saurait manquer au cas de rétroactivité (121). Mais la justice exige également que les iniquités contenues dans la loi ancienne ne survivent pas à la loi qui leur servait de support, et ne doivent pas faire échec, au nom d'une lésion d'intérêts, au progrès réalisé par la loi nouvelle.

Et c'est la troisième valeur présentée par M. Roubier : le progrès social. Il exige que l'amélioration des conditions d'existence des êtres humains soit obtenue, sans que la résistance des cadres traditionnels du milieu aient d'autre rôle que de sauvegarder le principe d'une évolution dans l'ordre, la seule qui ne risque pas, en évitant l'effon-

(118) SAVATIER, *Les Métamorphoses*, p. 14, n° 11. On pourra se demander, sur ce point, dans quelle mesure on apporte ici un argument valable, lorsque la règle de conflit, prévue à l'avance et connue de tous, entend appliquer aux situations en cours, les lois nouvelles. Il y a alors ici un véritable renversement de l'argument tiré de la philosophie sociale par le facteur psychologique de la connaissance consciente de la règle.

(119) ROUBIER, *Théorie générale*, n° 36, p. 319.

(120) SAUER, *Rec. Etudes Lambert*, III, § 136, p. 41 ; ROUBIER, *Théorie générale*, p. 212, n° 23.

(121) Il serait « injuste », pensait CHABOT DE L'ALLIER (III, pp. 143 et suiv.), l'art. 1912 du C. civ. constituant un principe nouveau, d'en imposer l'application à un débiteur qui n'a pas entendu s'y soumettre.»

drement de l'ordre social, d'engendrer des iniquités encore plus criantes que celles résultant de l'ancien état de droit.

Il semble que la trilogie des valeurs de M. Roubier peut se ramener à deux termes, la justice participant aussi bien à l'idée de sécurité juridique qu'à celle de progrès social : le maintien de l'une comme le succès de l'autre ne se conçoivent pas dans l'injustice.

Et cette correction apportée à la construction axiologique de M. Roubier rejoint, semble-t-il, le double fondement donné par Bergson à la société, donc au droit (122), consécration de la cohésion du milieu social, assurée par la pression née des habitudes sociales et progression de l'espèce, née de l'élan vital (123). C'est bien ici que la règle de conflit assure l'une et l'autre, lorsque pour ménager la transition entre des lois successives différentes, elle ne donne efficacité à la loi nouvelle que pour l'avenir, ménageant les éléments concrets du passé qui assurent la cohésion du milieu, facteur d'un ordre, hors duquel il n'est pas de réforme qui puisse porter quelque bienfait (124).

Les valeurs fondamentales étant définies, il convient, tout en restant sur le plan de la philosophie sociale, de rechercher quels intérêts elles risquent d'opposer quant à leur application. Les intérêts se situent à un triple niveau : l'intérêt de l'Etat, l'intérêt des parties à une situation, l'intérêt des autres, c'est-à-dire des tiers.

« La loi est faite pour une collectivité ; l'individu en est certes le destinataire, mais en tant que membre de la collectivité » (125). Au niveau de l'intérêt de la collectivité étatique, la règle de conflit constitue une autolimitation de la souveraineté (126), née de la reconnaissance d'une relativité inévitable dans le temps, comme dans l'espace d'ailleurs, des règles de droit.

Mais dans la mesure où les règles de droit se rapportent à des relations entre individus, l'intérêt de l'Etat ne se trouve pas directement en cause dès lors que le particularisme né des solutions individuelles ne compromet ni l'ordre de l'Etat, ni le progrès de la Société. C'est là que se situe la limite que peut accepter l'intérêt de la collectivité, de voir son action limitée dans le temps. Mais il n'est pas douteux que dans ce qui caractérise le Droit privé, c'est-à-dire les rapports entre particuliers, l'utilité privée reste l'objectif

(122) *Ubi societas, ibi jus !*

(123) BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, pp. 2 et 20, pp. 30, 55 et 85.

(124) Dans une conception rappelant un des principes fondamentaux de notre droit public, on a cherché à justifier la non-rétroactivité par la notion d'égalité devant la loi. En effet, selon que les effets des situations se prolongent ou ne se prolongent pas au-delà de la disparition de la loi ancienne, le régime originaire serait ou ne serait pas applicable. Cf. sur ce point, Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de société*, Thèse Rennes, 1949, p. 212.

(125) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 204, n° 92.

(126) Cf. GAVALDA, p. 17, n° 10.

majeur de la règle de conflit dans le temps comme dans l'espace (127). L'utilité privée porte à distinguer et parfois à opposer l'intérêt des parties à une situation et l'intérêt des individus qui lui sont étrangers, les tiers. On sait que la règle est que les supports organisés et définis par les particuliers ne doivent pas nuire à ceux qui sont restés étrangers à leur conclusion (128). Le bénéfice de l'application en vertu de la règle de conflit de la loi ancienne, ou de la loi nouvelle, ne doit pas aboutir à créer une situation dont la qualification et les effets peuvent préjudicier aux tiers qui s'attendaient à l'application d'une autre loi, par une propre localisation de sa situation personnelle en regard de la situation créée, que celle adoptée par les parties.

Parler de l'intérêt des parties ne doit pas faire oublier par ailleurs que pour une même situation les intérêts des parties en présence peuvent se trouver en opposition, mais on connaît le moyen de les réduire à un intérêt commun : c'est celui qui tend à réaliser, tant dans le domaine de l'autonomie de la volonté que dans celui des règles légales, ce que Geny appelle « l'équilibre des intérêts en présence » (129).

C'est à la lumière de ces développements consacrés aux fondements de la règle de conflit que nous pouvons en définir la fonction : assurer le progrès sans compromettre la sécurité, compte tenu de ce que le conflit transitoire postule la durée et de ce que la considération des intérêts en présence porte à penser que la loi la plus apte à les régir est celle en vigueur au moment où ils se concrétisent.

2° NATURE DE LA RÈGLE DE CONFLIT.

80. — On oppose, en Droit International Privé, les règles substantielles aux règles de conflit. Les règles substantielles réduisent les difficultés nées de la diversité dans l'espace des systèmes juridiques en prévoyant expressément le champ d'application des lois et non en donnant, comme les règles de conflit, une indication au juge dans son choix entre les lois possibles (130).

(127) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 100, pp. 221 et suiv., qui cite RABEL, *Précis*, 6^e éd., n° 198 et suiv. ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, n° 207, p. 243 : « Si j'ai mis au premier plan les intérêts privés, c'est que le bien commun d'Etats solidaires est, *a priori*, satisfait par un règlement de conflits fondé sur l'utilité et l'équité dues au commerce privé international de même que le droit civil interne réalise l'intérêt général par l'intérêt privé. Il n'est pas moins nécessaire de ne jamais perdre de vue les grands intérêts politiques (c'est-à-dire le bien commun dans chaque Etat) pour les sauvegarder. »

(128) Sur l'opinion que la règle de conflit révèle une philosophie individualiste TRASBOT, D., 1931, 4, 45.

(129) *Méthode*, II, p. 167.

(130) BATIFFOL, *Traité*, pp. 3 et suiv., n° 3 à 7 qui citent parmi celles-ci les lois qui traitent des conflits de juridictions et de la condition des étrangers.

De telles règles substantielles se retrouvent en droit transitoire, dans certaines dispositions transitoires spéciales (131) qui s'opposent à la règle de conflit sur des fondements identiques.

Le droit transitoire substantiel (par opposition au droit transitoire du conflit) groupe les dispositions des lois nouvelles qui délimitent le champ d'application de la loi, non en fournissant des indications sur le rattachement à la loi ancienne ou à la nouvelle, mais en décidant matériellement par les conditions incluses dans la loi nouvelle, quels faits seront soumis à son empire. L'article 4 du Code pénal qui prévoit la légalité des délits et des peines constitue à certains égards du droit transitoire substantiel puisqu'il définit les faits qui relèveront de la loi pénale, indépendamment de tout conflit possible entre une loi nouvelle et une loi ancienne. Il va de soi d'ailleurs que l'on a pu construire un système de conflit des lois pénales à partir de cette disposition de droit transitoire substantiel. Relèvent également du droit transitoire substantiel les dispositions dites de transition qui organisent le passage du régime ancien à l'état de droit nouveau : les lois relatives à la publicité des transactions immobilières ou à la constitution des personnes morales en contiennent très fréquemment (132). Il faut également comprendre dans le droit transitoire substantiel, les lois confirmatives qui donnent une efficacité juridique à des actes antérieurement nuls.

Toute disposition transitoire spéciale n'est pas nécessairement substantielle : si elle se borne à fournir les éléments d'une solution du conflit de la loi ancienne et de la loi nouvelle, c'est une règle de conflit, c'est-à-dire une règle de règles ; si elle résout *a priori* le problème de l'application de la loi nouvelle (lois de transition, lois confirmatives), elle relève du droit substantiel.

La règle de conflit fournit un processus de solution ; la règle substantielle donne cette solution. On comprend alors la généralité de principe de la première, et le caractère spécial et particulier de la seconde.

(131) Sur la valeur du droit transitoire spécial pour son utilisation en vue de la solution du conflit, cf. SAVIGNY, VIII, pp. 391 et 466 ; cf. *supra* ce qui a été dit des lois confirmatives, pp. 127 *bis*, note 79 *in fine*, et 138, note 95.

(132) Sur les lois de transition, cf. ROUBIER, T. I^{er}, n° 75. La loi dite temporaire ne relève pas du droit transitoire ; il s'agit d'une loi ordinaire dont l'abrogation est prévue. Elle n'est susceptible d'intéresser le droit transitoire que dans la mesure où elle suscite dès sa promulgation une étude de son application à l'époque où elle ne sera plus en vigueur. Cf. pour un exemple de loi de transition, les dispositions de l'Ord. 7 janvier 1958 (J.O. 8 janv., p. 561) sur la prérogative des sociétés.

Le caractère substantiel de la loi de transition est accru lorsque la loi nouvelle prévoit des mesures réparatoires au profit de ceux qui seraient lésés par l'application de la réforme.

L'étude du droit transitoire substantiel n'exclut pas d'ailleurs une systématisation qui replacera les solutions particulières dans le cadre d'une solution générale aux conflits nés de la succession des lois dans le temps, comme en Droit International Privé les règles substantielles de la condition des étrangers peuvent être introduites dans le cadre du système général de conflit et leur étude conduire à mettre en valeur la prédominance d'une loi sur une autre (133).

Cette nature de règle des règles, de *lex legum*, de *diritto di diritti*, de *Recht des Rechtsordnungen* (134), qui se retrouve en Droit International Privé comme en droit transitoire est la marque propre de ce que nous avons appelé la science des conflits (135).

Cette nature de règle des règles de la norme de conflit ne doit pas cependant conduire à situer nécessairement celle-ci parmi les normes supérieures aux lois habituelles. M. Maury (136), n'a pas, à proprement parler, critiqué la vérité de cette constatation de la nature de la règle de conflit, mais la portée que l'on risque de lui donner, surtout en regard de son inutilité dans la détermination des méthodes à suivre.

Il ne semble pas, en effet, que la nature de la règle de conflit dans le temps permette de conclure à sa transcendance par rapport aux lois habituelles. Son expression dans une norme constitutionnelle vise plus l'existence du conflit reconnue par le principe de non-rétroactivité que la règle de conflit elle-même qui, en dépit de sa nature de règle des règles, ne justifie en rien sa supériorité en regard des règles substantielles.

Le point de vue formel positif confirme cette observation en situant la règle de conflit, comme le principe de non-rétroactivité, au niveau des normes législatives; de même qu'est laissée à la compétence des Etats la règle de conflit dans l'espace, de même la règle de conflit dans le temps dépend du législateur du moment.

La Constitution du 5 octobre 1958 ne porte pas condamnation de la rétroactivité. Toutefois, dans une incidente, on peut voir une allusion en ce sens en matière pénale. Il s'agit de l'article 68 (al. 2), où il est prévu que la Haute Cour compétente pour les infractions commises par les membres du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, « est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent des lois pénales en vigueur au moment où les faits ont été commis ». Le

(133) Cf. BATIFFOL, *La capacité civile des étrangers en France. Influence de la loi française*, Thèse Paris, 1929.

(134) Cf. GAVALDA, p. 16, n° 9.

(135) Cf. *supra*, chap. II, p. 105.

(136) *Règles générales des conflits des lois*, p. 85, n° 76, note 1; cf. *contra* AFFOLTER, *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrecht*, p. 3.

préambule de la même Constitution reprend celui de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui font allusion également au principe de la non-rétroactivité. Dans la mesure où un Comité Constitutionnel est désormais compétent pour décider de l'inconstitutionnalité des lois, il devient intéressant de rechercher si la règle de la non-rétroactivité a une valeur constitutionnelle (art. 61, Constitution 1958). Il semble que la mention, d'ailleurs à divers égards indirecte de la règle de non-rétroactivité des lois, ne situe pas la règle de conflit à ce degré de la hiérarchie des normes : tout au plus peut-on y voir la consécration de l'existence d'un système général de conflit des lois dans le temps qui ne méconnaît nullement l'utilité éventuelle des lois rétroactives. Ceci ne fait pas de doute pour le Droit privé. En ce qui concerne la législation pénale, où la non-rétroactivité de la loi est comme un corollaire (137) du principe de légalité, notre solution sera plus réservée. En effet le principe de légalité est une garantie essentielle des droits de l'homme qui relève parfaitement du domaine constitutionnel et il n'est pas exclu que la loi qui le méconnaîtrait n'entraîne la censure du Comité Constitutionnel (138). De telles sphères ne sont pas atteintes pour les simples modalités techniques de l'application dans le temps des lois civiles. Une loi rétroactive ne peut justifier l'opposition du Comité Constitutionnel sur le fondement d'une atteinte à un principe supralégal de non-rétroactivité. La multiplication des lois rétroactives laisse intacte la règle de non-rétroactivité dans la mesure où elle n'est qu'une directive pour le juge, une règle en vue de l'application d'autres règles.

C'est pourquoi on n'a pu s'empêcher de constater la relative stabilité de la règle de conflit dans le temps, parallèlement à une certaine cohésion des différentes règles de conflit dans l'espace. C'est que la nécessité de faire succéder des normes différentes à laquelle répond la règle de conflit n'est pas sans influencer sur son propre contenu. Enfin, la mesure restera à préciser de cette influence des règles de conflit entre elles, née de leur rencontre dans le temps comme dans l'espace, questions qui seront entrevues plus loin dans le cadre de l'harmonisation de notre système avec le milieu juridique.

3° CARACTÈRE DE LA RÈGLE DE CONFLIT.

81. — La formulation du principe de non-rétroactivité, comme les prescriptions contenues à l'article 3 du Code civil, laisseraient entendre que le droit transitoire comme le droit international privé se limi-

(137) Cf. STÉFANI et LEVASSEUR, *Précis de droit pénal*, n° 87.

(138) Sous la réserve que sa saisine est très limitée.

teraient à définir l'un, le champ d'application de la loi nouvelle, l'autre celui de la loi nationale. Si tel a bien été le propos de limiter unilatéralement, à la loi nouvelle ou à la loi française, le problème de l'application des lois dans le temps, ou dans l'espace, il va de soi que la réalité pratique impose au même titre à l'interprète de préciser le champ d'application des lois anciennes et des lois étrangères (139).

Ce qui prête dans une certaine mesure à discussion en droit international privé, en raison de ce que les lois nationales sont multiples, la dualité, loi ancienne - loi nouvelle, limite à une alternative la question du conflit de lois dans le temps qui ne peut être résolue que par un choix entre la loi ancienne et la loi nouvelle, quand bien même la préférence donnée à la loi nouvelle résulterait d'une manière non formulée et implicite de l'éviction de la loi ancienne (140).

SECTION II

ÉLÉMENTS DE SOLUTION

82. — Le principe de non-rétroactivité incline à penser que puisque la loi nouvelle ne peut agir sur ce qui est passé avant sa naissance, la solution du conflit doit conduire à promouvoir l'application à un fait donné de la loi sous l'empire de laquelle il se situe.

Quand le législateur entend faire prévaloir des vues particulières en raison de ce qu'il estime être de l'intérêt général, on sait qu'il écarte le principe de non-rétroactivité, et par là-même la règle de conflit, pour déterminer comme il l'entend le champ d'application de la loi nouvelle, soit en faisant porter les effets sur le passé, soit en reportant les effets à une date postérieure. En dehors de cette hypothèse, le législateur laisse à l'interprète le soin de dégager une règle de conflit, compte tenu de l'indication générale qu'il lui enjoint de respecter : la loi ne pourra avoir effet sur le passé.

On en conclura aisément que la loi nouvelle n'ayant effet que

(139) Pour le D.I.P., cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 320, n° 273, et pour une défense du caractère unilatéral de la règle de conflit dans l'espace, cf. NIBOYET, *Cours*, pp. 350 et suiv., n° 391 à 393 bis.

(140) En droit transitoire, il n'y a que deux lois possibles à appliquer. La règle *Media tempora non nocent*, interdit d'introduire parmi les données du problème une législation intermédiaire aux deux autres, dans la mesure où une situation ayant son origine dans une première législation n'a pas eu son contenu modifié par une localisation à l'époque de la législation intermédiaire. Cf. ROUBIER, I, p. 11, n° 2, et p. 180, n° 26.

pour l'avenir et la loi ancienne ayant effet jusqu'à la promulgation de la loi nouvelle, le problème de conflit se résout par la recherche de la situation des faits au cours de la durée, en regard de la loi en vigueur lors de leur survenance. Le principe de non-rétroactivité fournit une indication de la méthode à suivre, qui est une recherche de la situation des faits, c'est-à-dire une localisation.

Mais, avons-nous vu (141), l'activité humaine n'est pas atomistique; son dynamisme implique plus des changements d'état que des successions d'états. Le fait est la manifestation objective et immédiate d'un ensemble plus ou moins cohérent qui est la situation (142). Il importe donc de définir sa position en regard de la loi nouvelle, de rechercher les liens que peuvent avoir entre eux les faits qui en révèlent l'existence et le contenu, de préciser en quoi la cohésion et l'ensemble que représente la situation peuvent influencer sur le rattachement de tel de ses éléments à une loi déterminée.

Les situations juridiques supposent une certaine durée et c'est de leur confrontation avec des lois nouvelles que naissent les principales difficultés de notre matière, d'où la nécessité de reprendre l'étude de l'effet des lois tant sur les faits juridiques dont la localisation aura été étudiée, que sur les situations. Nous reprendrons, à cette occasion, l'observation déjà faite que l'étude de l'effet des lois est impuissante à expliquer que certains faits présents relèvent de la loi ancienne, sans le recours à une analyse de la notion de situation juridique, reprise sous l'angle du critère fondamental de la localisation.

Ce qui nous conduira à étudier successivement les trois éléments de la solution du conflit : la localisation, l'effet de la loi dans le temps et l'analyse temporelle des situations juridiques.

C'est de la synthèse de ces trois éléments que nous déduirons la règle de conflit, deuxième volet après le principe de non-rétroactivité de notre système de conflit de lois dans le temps.

§ I^{er}. — LOCALISATION DANS LE TEMPS

83. — L'idée de localisation dans l'espace répond au souci de rattachement d'un fait à la loi la mieux connue pour en justifier l'application. L'idée est la même dans le temps.

(141) *Supra*, chap. I^{er}, sect. II, § 3, pp. 79 et suiv.

(142) Constater un fait, c'est déjà faire un effort de réflexion, tenter de distinguer l'élément de l'ensemble. « Le fait, écrit ALAIN, c'est l'objet même, constitué par la science, et déterminé par des idées, et en un sens par toutes les idées. Il faut être bien savant pour saisir un fait. » (*Eléments de philosophie*, p. 123).

Dans l'espace, on estime que le rattachement d'un droit réel à la loi de situation de la chose est la plus judicieuse, car c'est à la loi en vigueur au lieu de la chose que les intéressés songeront. De même, on recherche pour la loi applicable au contrat dans l'espace, tous les éléments qui permettent de penser que c'est plutôt telle loi que telle autre qui a été connue par les contractants, que l'équilibre et les prévisions du contrat s'apprécient par référence à cette loi et qu'il convient d'y soumettre l'ensemble du contrat.

De même dans le temps, si un fait survient à un moment donné, on songera à rechercher sa qualification juridique et les effets qu'il peut en résulter dans la loi en vigueur au moment de la survenance, parce que c'est la loi qui est supposée connue comme étant en vigueur par les contemporains de ce fait. Quand on se souviendra, de plus, que le principe de non-rétroactivité, point de départ de la règle de conflit, soumet le fait passé à la loi ancienne, on concevra l'utilité de déterminer la situation des faits juridiques dans la durée et dans l'étendue (143).

Mais si l'utilité de la localisation des rapports de droit mise en avant par Savigny, ne fait aucun doute, la mise en œuvre des méthodes de localisation soulève des difficultés sérieuses.

Une première difficulté vient de la disposition naturelle de notre esprit qui nous porte toujours à apprécier la durée en termes d'étendue. Il en est une manifestation qui a déjà certainement frappé le lecteur, c'est l'utilisation par nous du terme même de localisation pour exprimer l'idée d'une tentative de précision quant au moment auquel s'est produit un fait. Une conséquence seconde est que certaines catégories juridiques sont définies en fonction de leurs caractéristiques spatiales tridimensionnelles qui ne sont guère utilisables ou qui ne le sont qu'avec risque d'erreur, dans l'étude du conflit dans le temps. C'est ainsi par exemple que les vocables immeuble et meuble répondent à une distinction purement spatiale dont on ne conçoit même pas la transposition dans le domaine du temps. D'une façon plus subtile, l'opposition entre droit et réel et droit de créance, ne constitue pas des catégories *a priori* directement utilisables en droit transitoire. Cet obstacle n'a pas été vu par ceux qui ont cru devoir faire coïncider les solutions données par la pratique transitoire en matière de droit réel et de droit personnel avec la distinction habituelle de ces droits.

Force est bien de reconnaître que les droits réels sont atteints dans leur exercice par la loi nouvelle, alors que les droits de créance restent soumis à la loi d'origine, mais rien ne permet d'induire de la

(143) On se souvient que cette constatation a marqué la première réaction contre la théorie des droits acquis. Cf. *supra*, chap. I^{er}, sect. II, § 3, p. 81.

nature des lois relatives au droit réel ou au droit de créance une explication de cette différence de régime transitoire. L'appel à la notion de volonté n'a pas été plus satisfaisant, car il est des droits de créance qui naissent hors de la volonté des intéressés et des droits réels qui trouvent au contraire leur source dans une telle volonté.

De même la distinction entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux n'est pas davantage utilisable car le fondement de cette distinction est parfaitement étranger à la catégorie « temps ».

Une difficulté parallèle se retrouve en droit international privé, où si la localisation de la plupart des droits réels est relativement aisée, le doute plane sur le rattachement des personnes et sur la loi applicable *a priori* aux contrats (144).

En effet, une personne est plus rattachable à une société, à un milieu, qu'à un lieu proprement dit. Elle est susceptible de se déplacer et surtout de faire sentir par les prolongements de son activité, sa présence en des lieux où elle ne se trouve pas, alors qu'on ne conçoit pas qu'une chose soit susceptible d'effet en dehors du lieu dans lequel elle se trouve, en dépit de sa mobilité éventuelle, s'il s'agit d'un meuble. On connaît la difficulté, rencontrée en droit international privé, pour trouver un rattachement à une loi, qui doit être suffisamment stable pour qu'on puisse en induire en pleine connaissance la loi applicable. On sait que sur ce point l'accord n'a pu se faire entre les divers systèmes positifs, entre la loi nationale et la loi du domicile. Quand on songe, en outre, que les rapports de droit mettent en présence plusieurs personnes, on concevra qu'il est difficile de les localiser, car chaque partie à ce rapport est justiciable d'un rattachement différent. On sait d'ailleurs que, sur ce point, les solutions tendent à reconnaître que le rattachement ne saurait résulter *a priori* d'une loi déterminée, mais de la localisation réelle du rapport de droit. C'est la solution à laquelle on est parvenu pour déterminer la loi applicable dans l'espace au contrat.

83 bis. — Une seconde difficulté est qu'on ne voit pas bien nettement comment situer quelque chose en un point précis de la durée,

(144) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 75, n° 3 : « Un rapport de droit n'est localisé naturellement que par le bien corporel, mobilier ou immobilier, qu'il a pour objet, car seuls les objets corporels ont, par leur nature matérielle, une situation dans l'espace. Dès qu'on cherche à « localiser » les autres éléments du rapport de droit, les difficultés abondent : la personne a si peu une situation naturelle permanente dans l'espace, que le conflit persiste dans le monde entre les systèmes... » « Les contrats, d'autre part, et les actes juridiques en général, engendrent plus d'incertitude encore, comme suffit à le montrer l'évolution qui s'est refusée à les localiser d'office au lieu de leur conclusion... » « ...et effectivement un acte de volonté est un phénomène immatériel, qui, de soi, n'est pas lié à un lieu plutôt qu'à un autre. »

puisque le seul fait de l'existence implique une continuité, une durée et on ne concevrait pas *a priori* une localisation possible. On penserait évidemment pour l'être humain au commencement — la naissance — et à la fin — la mort — mais dans le laps de temps qui sépare ces deux moments, l'ensemble de cette situation continue d'être humain est susceptible de localisations infinies.

Cette difficulté n'est pas d'ailleurs exclue en droit international privé. Un contrat, acte sans contact apparent avec l'espace, simple accord de volonté n'a pas un contenu matériel ou tridimensionnel qui permette de le situer en tant que pur accord de volonté. Et pourtant une telle localisation dans l'espace est obtenue en utilisant les manifestations extérieures, objectives, de ce pur accord de volonté, créateur d'obligations, qu'est le contrat (145).

On pensera à l'objet du contrat qui peut être matériel, au lieu où il se trouve par exemple, on pensera au lieu de la conclusion du contrat (146), au lieu de son exécution, de la livraison, du paiement, du domicile du débiteur, ou à sa nationalité : bref, les éléments de localisation finissent bien par s'accumuler et le problème n'est plus que de chercher celui qui est suffisamment déterminant pour justifier un rattachement (147).

De même avons-nous vu que la personne par la multiplicité des lieux où elle agit, est difficilement localisable dans l'espace : on ne peut la rattacher au lieu où elle se trouve pour lui appliquer l'ensemble des qualifications juridiques que comporte sa nature, à moins qu'on n'oublie qu'il lui suffira de traverser une frontière pour changer de régime, ce qui n'est tout de même pas conciliable avec la stabilité de l'état des personnes, exigée jusque dans l'étymologie

(145) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 117 et suiv., pp. 245 et suiv. : « ... si l'on cherche la réalité à travers les formules, il apparaît, d'une part, qu'en l'absence de choix exprès, les juges recourent à une localisation d'office du contrat, avec une tendance à retenir les éléments matériels ; d'autre part, que l'existence d'une désignation expresse se ramène encore à une localisation du contrat, mais en accroissant l'importance d'un facteur nouveau. » *Id.*, n° 37, p. 86 : « ... le droit positif, pour s'expliquer plus simplement et plus sûrement par l'idée que les parties localisent les éléments de leur contrat, ce qui donne compétence à une loi déterminée, exactement comme la localisation d'un meuble donne compétence à la loi du lieu où il est situé. » Cf. *id.* DE CASTRE, cité par BATIFFOL, *Contrats*, p. 363 : « ... *Talis contractus dicitur ibi nasci ubi nascitur et sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis, ita et actus.* » Cf. *id.* SAVIGNY, cité par BATIFFOL, n° 238, p. 287. « L'obligation étant une chose incorporelle qui n'occupe pas de place dans l'espace, nous devons chercher dans son développement naturel des apparences visibles auxquelles nous puissions rattacher la réalité invisible de l'obligation afin de lui donner un corps. »

(146) Cass. Req., 18 déc. 1872, S., 73.135, Application de la loi du lieu de conclusion à une assurance sur la vie.

(147) Cf. FRANCESKAKIS, *Rev. crit. D.I.P.*, 1956, 346, obs. s. Rapport « Morton-Commission », sur une idée de hiérarchie des rattachements, cf. également notamment p. 346, d'après MAURY, le domicile étant le rattachement primaire.

du vocable. A cette variété infinie de localisations, on recherchera des rattachements stables : on se souviendra qu'un individu fait partie d'une société, elle, soumise, tout au moins dans nos civilisations, à une certaine assise territoriale, ce qui conduira à appliquer à la personne un rattachement déterminé par le lieu, avec l'assise territoriale de la société à laquelle elle appartient : ce qui pourra être le domicile ou la nationalité (148).

De même dans le temps, à côté de localisations aisées, telle que la naissance ou la mort d'une personne, l'acquisition d'un droit, l'introduction d'une action en justice, la construction d'une chose, l'entrée en jouissance d'un bien, etc. (149), il est des localisations qui semblent impossibles.

Nous avons vu que dans l'espace, la localisation conduit toujours à rechercher les manifestations matérielles de l'activité humaine. Le cas est très net pour le contrat, où, en dehors même du rattachement à la chose objet du contrat on tient compte du lieu où s'effectuent les opérations matérielles de la livraison ou du paiement par exemple. Qui pense localisation dans l'espace, évoque immédiatement matière définie par les mesures de l'étendue. Qui pense localisation dans le temps, pense immédiatement événement, défini chronologiquement, par la mesure de la durée.

La localisation dans le temps conduit à opposer l'homme transcendant à l'homme historique. L'événement historique est par hypothèse susceptible d'être situé à un moment de la durée. Il faudra donc songer à l'activité humaine dont les manifestations se distinguent de son cours habituel par des changements d'état dont chacun constitue un événement localisable.

C'est dans ce sens qu'a été employé en droit transitoire et que nous continuerons à employer, le mot « fait ». Le fait est la manifestation objective et ponctuelle d'une activité. Le fait juridique répond à la même définition, considérée sous l'angle des conséquences attachées à ce fait par le système des règles de droit en vue d'une certaine fin (150).

84. — L'homme détient dès sa naissance une possibilité d'action qui ne sera épuisée qu'à sa mort. Cette possibilité d'action peut se

(148) C'est dans l'idée d'assise territoriale de la société que se justifie, à notre avis, le rattachement au domicile ou à la nationalité et qui, poussée jusqu'au bout, confond en réalité les deux rattachements en un seul par les exceptions réciproques qu'il est nécessaire de leur adjoindre pour les rendre utilisables dans tous les cas.

(149) Une décision judiciaire, cf. HEBRAUD, obs. in *Rev. trim. dr. civ.*, 1955.705.

(150) Cf. sur ce point la notion de fait normatif dégagée dans la doctrine de M. GURVITCH, par A. TOULEMONT, in *Sociologie et pluralisme dialectique. Introduction à l'œuvre de Georges Gurvitch*, *passim*.

résoudre en une action effective dont l'objectivation constitue un fait. Nous précisons bien « objectivation », car le fait intérieur, s'il est une réalité pour le sujet et rend fructueuse l'introspection, n'est évidemment pas utilisable par la science sociale si sa connaissance n'en est pas venue à l'observateur (151). Quand nous parlons de fait, nous entendons donc la manifestation extérieure et visible, perceptible par nos sens, d'une activité de l'homme.

L'homme se caractérise à la fois par une virtualité d'agir et une action sur le monde extérieur dont nous percevons les manifestations sous forme de faits localisables. C'est le passage de ce possible à ce réalisé, de la puissance à l'acte, *Aristoteles dixit*, de ce virtuel à ce réel, de cet abstrait à ce concret qui révèle l'actualisation, la localisation dont nous avons ici besoin.

Transposée sur le plan juridique, cette réflexion nous conduit, en conservant la terminologie aristotélicienne, à opposer l'ensemble des règles de droit abstraites et générales « la matière », à l'utilisation de ces règles par les sujets du droit, la « forme » (152).

L'homme, par sa naissance, acquiert une possibilité d'action qui lui vient de ce que le droit positif de la Cité lui confère la qualité de sujet de droit (153). Et tout au long de son existence, il concrétisera cette possibilité acquise en se situant, toujours par concrétisation d'un possible, dans des situations dont le contenu révélera des possibilités nouvelles qu'il pourra concrétiser à nouveau. Chaque manifestation de la vie juridique de l'homme est donc susceptible d'être située dans le temps. Son existence est révélée objectivement sous la forme d'un fait, toutes les fois que le sujet du droit, le bénéficiaire de ces possibilités, a utilisé, a réalisé, ce qui lui était offert par la situation dans laquelle il se trouvait. Le moment de cette réalisation peut être déterminé chronologiquement, c'est le moment du passage de la puissance à l'acte, c'est l'actualisation qui représente pour le

(151) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 114, p. 252 : « ... c'est le rôle de l'élément matériel d'être « extérieur », de prêter à la constatation par tous, alors que l'acte psychologique ne se révèle que si son auteur le veut, ou indirectement seulement, par ses effets. »

(152) Il ne s'agit pas ici de la distinction utilisée au stade de l'élaboration de la règle de droit entre la matière et la forme (cf. DABIN, *Technique de l'élaboration du droit positif*, note, pp. 11 et suiv.). On se place ici au stade de l'application de la règle construite, à la mise en œuvre par l'action humaine de la matière juridique donnée. Ainsi, apparaît la valeur relative des rapports de la matière et de la forme, pressentie par M. DABIN, dans sa critique de GENY.

(153) Dès sa conception présumée, pourrions-nous dire, puisqu'il peut se trouver concrétiser des possibilités qui lui sont offertes dès avant sa naissance (*infans conceptus quoties de commodo ejus agitur, pro nato habetur*).

droit transitoire ce que la localisation signifie pour le droit international privé (154).

On ne saurait épuiser par une liste d'exemples toutes les actualisations concevables. Cela n'est d'ailleurs pas notre propos : le critère d'actualisation doit conserver son intérêt en permettant de situer les faits dans l'écoulement du cours de la durée (155).

85. — L'actualisation qui vient la première à l'esprit est évidemment celle du fait de la naissance qui place un être humain dans la situation de sujet de droit. L'histoire nous apprend d'ailleurs que l'acquisition de cette situation n'était pas nécessairement liée jadis au fait de la naissance (156). Mais il va de soi que ce n'est pas la seule et que pourront être actualisées toutes les manifestations de l'utilisation des virtualités mises à la disposition du titulaire d'une situation juridique donnée. Une des actualisations qui a été le plus rapidement dégagée comme permettant de conclure qu'une disposition abstraite du droit avait été concrétisée par son utilisation, a été celle tirée de l'idée de *causae finitae*, de causes définitivement terminées puisque le contenu du droit y a fait l'objet d'une détermination définitive.

L'introduction de l'action en justice est évidemment un procédé d'actualisation aisément concevable dans des sociétés relativement archaïques où le droit n'est pas conçu séparément de l'action en justice qui lui sert de moyen d'expression (157).

Ce qu'il sera intéressant de relever, c'est que la préoccupation d'actualiser les faits soumis à leur appréciation n'est évidemment pas absente de la préoccupation des juges dans l'examen des questions transitoires. Et on le comprendra aisément quand on se souviendra

(154) Pour la vérification psychologique de cette construction, cf. P. GUILLAUME, *Manuel de psychologie*, n° 20, p. 28 : « Les tendances sont des forces que nous ne définissons provisoirement que par leurs effets. Mais ces forces peuvent exister sous deux états : latence et activité. Les actes sont tantôt réels, tantôt seulement possibles... Les tendances sont des lois du comportement, mais énoncées d'une façon vague et incomplète. »

(155) C'est là l'objectif premier de la méthode du droit transitoire. Cf. sur ce point, cité par ROUBIER, T. I^{er}, p. 358, SCHEURL : « ce qu'il importe de rechercher, c'est non pas si un droit a été acquis (*jus quaesitum*), mais si un fait a été accompli (*factus praeteritum*), sous la loi précédente. La loi agit directement sur les faits ou sur les actes pour en tirer des situations juridiques et le rôle du juge consiste simplement à reconnaître l'action de la loi, telle qu'elle s'est exercée sur les faits ou les actes pour en tirer des situations juridiques. »

(156) Notamment pour l'esclave ou l'étranger.

(157) Cf. encore maintenant Cass. civ., 29 mai 1866, S., 66.1.138 ; si l'introduction de l'action en justice est une actualisation suffisante, elle n'est pas nécessaire.

du soin que nous avons mis à n'aborder l'examen de ces problèmes que sous l'optique de la catégorie temps (158).

C'est toujours dans les rapports complexes que cette actualisation paraît très utilisée, tant elle résulte, dans les cas les plus simples, d'une évidence qu'il n'est point besoin de proclamer pour la connaître.

86. — C'est notamment à propos des héritiers réservataires et des bénéficiaires de libéralités que les juridictions ont été amenées à localiser dans le temps l'origine des droits respectifs à la réserve et à la quotité disponible. La jurisprudence est sur ce point abondante et on n'en donnera ici qu'un aperçu (159).

Un arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1806 (160), commence par préciser que la quotité disponible doit être fixée d'après la loi en vigueur au jour de la disposition irrévocable et non d'après la loi en vigueur au jour du décès. Toutefois, les réservataires ne pourront invoquer la loi ancienne qui leur est plus favorable (161), car tant que leur auteur est en vie, le droit à la réserve n'est qu'une virtualité qui ne peut être reconnue comme fait qu'au jour de sa concrétisation lors de l'ouverture de la succession (162). De même la loi du 3 décembre 1930 qui modifie l'article 1094 du Code civil, et limite la réserve des ascendants, en présence du conjoint survivant donataire, à un simple usufruit, est applicable aux donations entre époux consenties avant sa promulgation (163). En effet, précise un arrêt de la Chambre civile (164), le droit des héritiers réservataires n'est fixé et délimité que par la loi qui lui donne naissance, c'est-à-dire par celle qui est en vigueur au jour du décès du « de cujus » (165). C'est ainsi qu'au cas de donation par le « de cujus »

(158) Comp. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 24, p. 57 : « Cette possibilité de discerner dans une règle de droit des plans d'abstraction successifs, fait ainsi apparaître une nouvelle raison du caractère systématique du droit... »

(159) Cf. ROUBIER, note au J.C.P., 1949.5062.

(160) S., 07.1.3.

(161) Cass. civ., 2 juin 1835, S., 35.1.426.

(162) Comparer pour un raisonnement identique à propos de l'action paulienne, ROUBIER, II, p. 177 : « les lois qui restreignent le champ d'application de l'action paulienne s'appliquent aussitôt contre les créanciers, même vis-à-vis d'une aliénation antérieure, tandis que les lois qui élargissent le champ d'application de cette action n'ont pas d'effet contre les acquéreurs, parce que les premières atteignent la créance dans ses effets, tandis que les secondes atteindraient les acquéreurs dans les conditions de validité de leur acquisition. » Cf. *infra*, p. 180, à propos de la distinction de la création et du contenu des situations, fondée à partir de la même idée de localisation.

(163) Trib. civ., Chambéry, 28 janvier 1937, D.H., 1937.160.

(164) Cass. civ., 14 juin 1948, D., 1948, S., p. 33.

(165) Dans le même sens et avec la même justification tirée de la localisation dans le temps, cf. Cass. civ., 24 mai 1949, D., 1949.495 : « Le droit de l'héritier réservataire, simplement éventuel du vivant du disposant, ne s'ouvre qu'à la mort de celui-ci ; il est donc déterminé par la loi en vigueur à l'époque du décès, et cet héritier ne peut se prévaloir d'une loi abrogée à l'époque où son droit a pris naissance. »

à sa femme de la quotité disponible la plus large, l'ascendant réservataire du « de cujus » ne peut invoquer la loi ancienne plus favorable pour elle, à l'encontre de la donataire.

Le caractère également complexe de la donation-partage qui combine la notion de libéralité consentie du vivant du donateur avec celle de transmission du patrimoine à cause de mort, donne l'occasion aux juges de rechercher sous l'empire de quelle loi se localise tel droit, conféré aux donataires par la situation ainsi créée.

Un arrêt de la Cour de Rennes du 21 octobre 1940 (166), précise ainsi que si l'article 1079 du Code civil modifié par la loi du 7 février 1938, autorise comme en matière de rescision, le défendeur à l'action en réduction à arrêter le cours de l'action en offrant d'abandonner au demandeur soit en nature, soit en numéraire, ce qui excède la quotité disponible, cette loi nouvelle est inapplicable lorsqu'elle n'est entrée en vigueur qu'après le décès de l'ascendant donateur qui a ouvert les droits des héritiers réservataires.

Une décision de la Chambre civile du 28 novembre 1950 (167), est plus nette encore par la distinction fondée sur les actualisations différentes qu'elle met en œuvre. Aux termes de cet arrêt, si la donation-partage, « acte complexe », crée « entre les donataires et les donateurs du vivant de ces derniers, et encore entre les donataires co-partagés », des relations susceptibles d'être soumises à la loi existant au moment de la formation du contrat, le droit pour l'enfant omis dans un tel acte, de demander la nullité de la donation-partage est essentiellement d'ordre héréditaire » « et ne prend naissance qu'avec la qualité d'héritier ». Les conditions d'existence et les effets de l'action en nullité « véritable pétition d'hérédité, sont nécessairement déterminés par la loi en vigueur à l'ouverture de la succession ».

Dans d'autres hypothèses plus simples et aussi, pour cette raison, moins caractéristiques, dont nous ne voudrions pas alourdir à l'excès notre texte, se révèle néanmoins le souci des juges de procéder à cette localisation des faits qui leur sont soumis (168) qui, sous la forme de l'actualisation que nous avons tenté de dégager, est le premier et principal critère utilisable pour cette règle de conflit.

(166) S., 1941-I., p. 38.

(167) Cass. civ., 28 nov. 1950, J.C.P., 1951.5997 et dans le même sens, Cass. civ., 28 mai 1951, J.C.P., 1951.6386.

(168) Ch. Req., 18 nov. 1806, S., Chron., p. 309 : « La validité des obligations contractées par un prodigue se règle par les lois existantes à l'époque du contrat, encore que la nomination du conseil judiciaire soit postérieure au code. Ainsi l'art. 502 du Code civil qui ne permet pas d'attaquer les obligations antérieures à la nomination du conseil ne s'applique pas aux obligations contractées sous l'empire des lois sardes qui disposent tout le contraire. »

C. sup. Bruxelles, 21 avril 1809, *apud* MERLIN, *Rép.*, V^o Effet rétr., sect. 3, § 6 : « Au cas de solidarité naissant après la naissance de l'obligation, par exemple

87. — On sait que le critère de l'actualisation, dont des applications pratiques viennent d'être données, permet de situer sous l'empire de quelles lois des faits sont survenus. Le premier résultat de ces développements nous permet d'opérer une distinction parmi les faits ainsi localisés sur la courbe de la durée et par rapport à une origine qui sera le jour ou date-frontière de la promulgation d'une loi nouvelle dont l'effet est susceptible de se faire sentir sur le fait dont il s'agit.

Nous pourrions ainsi opposer les faits passés aux faits présents. Le fait passé révèle une actualisation d'un possible réalisée à l'époque de la loi ancienne. Le fait présent est marqué par une actualisation d'un possible survenue depuis la naissance de la loi nouvelle.

La définition que nous avons donnée du fait, en fonction de la notion d'actualisation ne nous permet pas de concevoir un fait futur. Par rapport au moment présent, il n'y a pas de fait futur, au sens

contre les héritiers du débiteur, ce n'est pas la loi en vigueur au jour du décès mais la loi en vigueur à la naissance de l'obligation qui s'applique.»

Cass. Req., 8 avril 1924, D.H., 1924.329 : « Le contrat d'assurance-accidents couvre tout accident survenu, dans la mesure où cet accident est cause de responsabilité d'après la législation en vigueur au jour où il se produit, notamment en ce qui concerne le risque de bombardement aérien, pour un accident survenu en 1916, la survenance de la loi du 31 mars 1918 soumettant l'assurance bombardement à l'autorisation ministérielle et qui n'était pas rétroactive. »

C.E., 7 janvier 1927, S., 1927.2.34 : « La loi du 18 juillet 1922 déclarant nulle la cession de l'indemnité de dommages de guerre à un étranger qui ne pourrait pas personnellement avoir droit à une indemnité, n'était pas rétroactive et ne s'appliquait pas aux cessions régulièrement opérées avant son entrée en vigueur. »

Cass. crim., 5 mai 1928, D.H., 1928.354 ; Cass. civ. 17 oct. 1939 : « C'est l'accident (du travail) qui fixe les droits des parties et une loi postérieure ne peut, en l'absence de dispositions contraires, en modifier la portée ou l'étendue. »

Besançon, 1^{er} déc. 1947, J.C.P., 1943.2110 : « Lorsqu'une communauté est dissoute par la mort du mari antérieure au décret-loi du 2 juin 1938, le fait qu'aucun partage n'a été effectué et que la veuve a conservé la jouissance de l'ensemble des biens communs ne peut porter atteinte au droit qu'avaient les héritiers du mari le jour de l'ouverture de la succession de ce dernier, d'exiger le partage en nature des biens communs ou leur liquidation, le décret-loi de 1938 n'ayant pas d'effet rétroactif. »

Cf. également Sinay (Mme H.), S., 1950.2.129, Trib. féd. suisse, 9 mai 1885 et 8 juill. 1893 (AFFOLTER, *Geschichte*, p. 550, note L), cité par ROUBIER, II, p. 8, n° 76 : « C'est la loi en vigueur au jour du paiement qui fixera les conditions de la répétition de l'indu et qui dira ce que le défendeur doit restituer. » Encore que ce soit la loi de la dette qui est compétente pour dire qu'il y a dû ou indu.

Cass. soc., 1^{er} mars 1957, *Gaz. Pal.*, 27 juill. 1957 : « Le droit à congé payé ou à indemnité compensatrice ne devient effectif que le jour où le salarié est admis à en jouir ou à s'en prévaloir. »

Cass. civ. com., 7 mai 1957, J.C.P., 1957.10152, note P.A., *Rev. trim. dr. com.*, 1957.731, obs. HOUIN. Condition d'existence d'un privilège soumis à la loi ancienne. Rattachement à la créance garantie née sous l'empire de la loi ancienne.

Cass. civ., 20 nov. 1950, et civ., 28 juin 1956, *Rev. trim. dr. civ.*, 1957.155, obs. SAVATIER qui indiquent le moment où doivent s'apprécier les conditions d'existence d'un droit à attribution privilégiée au cas de décès successifs de parents exploitants agricoles.

dans lequel nous entendons le localiser, puisqu'il demeure du domaine des possibles, quel que soit le degré de certitude inclus dans l'éventualité de sa survenance. C'est ainsi qu'on comprendra cette proposition adjointe au principe de non-rétroactivité, que la loi ne dispose que pour l'avenir, puisque la loi ne comporte que des virtualités qu'il appartient aux sujets de droit de réaliser volontairement ou involontairement par le seul fait de se trouver dans les conditions d'actualisation prévues par la loi nouvelle (169).

Le fait futur se confond donc avec le contenu abstrait de la loi nouvelle, à moins qu'il ne se confonde avec le fait présent, par la prise en considération anticipée, sous condition de sa réalisation (170).

Mais une recherche qui se limiterait au point où nous en sommes actuellement ne rendrait qu'un compte très imparfait des possibilités d'une règle de conflit fondée sur le critère de l'actualisation.

En effet, le fait présent, c'est-à-dire survenu depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, peut être simple, c'est-à-dire se référer au contenu d'une situation née sous l'empire de la loi nouvelle ou complexe, c'est-à-dire se référer à une situation commencée sous la loi ancienne et continuée à l'époque de la loi nouvelle. Si donc le premier terme de notre distinction est clair et distinct du second, ce dernier ne participe pas de la même clarté et doit faire l'objet d'une analyse plus poussée. Pour en percevoir la nature transitoire et en séparer les éléments qui le compose, il est nécessaire de replacer le fait présent dans le cadre de la situation d'ensemble dont il n'est qu'une manifestation objective.

Mais avant même de passer à l'étude des situations juridiques, il conviendra, maintenant que nous pouvons localiser les faits dans le temps, de préciser ce qui constitue le deuxième élément de la solution : l'effet des lois dans le temps (171).

(169) Il est ainsi des actualisations qui sont réalisées par la seule promulgation de la loi nouvelle.

(170) On entrevoit ici l'application de cette idée à la question du régime transitoire du droit conditionnel.

(171) Une application de l'idée de localisation en dehors du conflit transitoire a été fournie par un arrêt de la Cour internationale de Justice du 6 avril 1955 (C.I.J., 1955, p. 4) rendu entre le Liechtenstein et le Guatemala (affaire *Nottebohm*). La souscription à la clause de juridiction limitée à cinq ans ayant été réalisée après l'introduction de la requête, par l'une des parties, la Cour s'estime néanmoins saisie, le commencement de l'instance se localisant à une époque où sa compétence n'était pas limitée. Sur l'ensemble de cette question, cf. S. BASTID, article in *Rev. crit. D.I.P.*, 1956, 607.)

§ 2. — EFFET DE LA LOI DANS LE TEMPS

88. — La question du fait futur étant exclue puisqu'il se confond soit dans la formulation abstraite de la loi nouvelle, soit dans le fait présent, c'est vis-à-vis des faits présents et des faits passés que l'effet des lois sera ici examiné. Conformément à la conception bilatérale de la règle de conflit, c'est successivement du point de vue de l'application de la loi ancienne et du point de vue de la loi nouvelle qu'il convient de se placer.

Si on étend l'effet de la loi nouvelle aux faits passés, c'est-à-dire révélateurs d'une actualisation antérieure à sa promulgation, on va à l'encontre de la première signification du principe de non-rétroactivité qui interdit à la loi de rétroagir. On ne peut donc concevoir vis-à-vis des faits passés qu'une seule loi applicable : la loi ancienne. Pour écarter cette solution, il faudrait que la loi nouvelle comporte une disposition transitoire spéciale écartant formellement dans les conditions dégagées précédemment le principe de non-rétroactivité : clause de rétroactivité (172).

Vis-à-vis des faits présents complexes, une réponse ne peut être encore donnée tant que l'élaboration de la règle de conflit n'est pas poussée plus avant, le principe de non-rétroactivité ne fournissant pas ici une réponse immédiate.

En ce qui concerne au contraire les faits présents simples, c'est-à-dire appartenant à un ensemble constitué sous l'empire de la loi nouvelle, ils tombent sous les qualifications et les effets prévus par la loi sous l'empire de laquelle ils sont survenus. On ne concevrait pour eux une application de la loi ancienne que si, par une clause expresse, le législateur n'avait différé l'application de son œuvre : clause de prorogation.

Pour les faits présents complexes, c'est-à-dire ceux révélant une situation juridique commencée sous l'empire de la loi ancienne et continuée à l'époque de la loi nouvelle, on pourrait entrevoir suivant la solution de la règle de conflit, soit l'effet de la loi nouvelle, ce que la doctrine et la jurisprudence dénomment l'effet immédiat de la loi nouvelle, soit l'effet de la loi ancienne, ce que les mêmes autorités appellent « survie de la loi ancienne ». L'impossibilité d'une solution immédiate tient à l'intégration de ces faits dans une situation juridique, susceptible de justifier des rattachements qui ne seraient pas ceux suggérés par le moment de leur survenance. Un nouvel effort

(172) Cf. *supra*, chap. II, sect. I, § I, pp. 124 et suiv.

sera demandé alors à la méthode de l'actualisation pour aboutir à une analyse utilisable de la situation juridique.

Il convient d'ici là de n'aborder cette notion que de l'extérieur, ce que nous allons faire en précisant l'effet de la loi nouvelle et de la loi ancienne en regard tant des faits juridiques précédemment définis, que des situations. Les conséquences des effets produits diviseront l'ordre des développements consacrés à cette question; les effets de la rétroactivité, les effets de l'application immédiate et ceux de la survie. Il ne sera pas tenu compte dans cette étude sommaire du doute qui plane encore sur la loi applicable aux faits présents complexes, la détermination de la loi applicable étant sur les conséquences de l'effet des lois sur ces faits sans influence. Au contraire, les conclusions tirées de l'étude de l'effet des lois, et notamment de l'effet immédiat et de la survie marqueront l'intérêt de poursuivre la recherche jusqu'à une solution finale satisfaisante.

A. — EFFETS DE LA RÉTROACTIVITÉ (173)

89. — On précisera, encore que cela aille de soi, que c'est par excès de langage que l'on parle d'une action de la loi sur le fait passé.

Il ne peut être question d'un retour sur le passé, du domaine des romans fantastiques, mais seulement d'une modification imprévue sous l'empire de la loi ancienne des conséquences attachées à l'examen actuel du fait passé.

Nous avons déjà vu que la rétroactivité pouvait être observée sous divers angles relativement à sa cause. On avait envisagé la rétroactivité tacite, la rétroactivité expresse, la rétroactivité innée, la rétroactivité des lois interprétatives. La rétroactivité ne présente pas moins de distinctions jusque dans ses effets et si en principe la cause de la rétroactivité est sans conséquence quant à la détermination de l'effet, on conçoit qu'une rétroactivité très adoucie peut raisonnablement incliner les juges à apprécier avec moins de rigueur l'intention du législateur de rejeter l'application de l'article 2.

L'effet rétroactif ordinaire porte l'action de la loi nouvelle à l'encontre des faits passés, c'est-à-dire de ceux qui ont fait l'objet d'une actualisation sous l'empire de la loi ancienne. C'est ainsi que l'acquisition d'une situation juridique dont les conditions étaient réunies aux termes de la loi ancienne, est remise en question. Réciproquement la réunion de certains faits qui n'étaient pas à l'époque

(173) Cf. ROUBIER, T. I^{er}, pp. 522 et suiv.

de la loi ancienne susceptibles de créer une situation juridique, vont se trouver rétroactivement bénéficier d'une qualification introduite par la loi nouvelle. Mais précisons bien qu'il doit s'agir dans ce dernier cas de faits actualisés sous l'empire de la loi ancienne, c'est-à-dire manifestant la concrétisation d'une action possible et non l'existence avant la loi nouvelle d'une situation conférant une possibilité d'utiliser des moyens mis à la disposition des particuliers, mais dont il n'a pas été fait usage (174).

A cet effet normal de la rétroactivité, on oppose la rétroactivité aggravée ou restitutive et son contraire, la rétroactivité tempérée, dont la définition est rendue délicate par l'absence d'un critère plus précis permettant de distinguer là où s'arrête la rétroactivité atténuée et où commence l'effet normal de la loi nouvelle.

Ne serait-ce que par cette seule opposition, on concevra que le choix entre ces trois formes dépend des termes mêmes de la clause de rétroactivité et que dans le silence de celle-ci quant aux effets de la rétroactivité, ce sont les conséquences habituelles de la clause qui devront être applicables. Mais ceci suppose d'abord défini le contenu de la rétroactivité normale.

Nous étudierons successivement ces trois aspects des effets possibles sur le passé des lois nouvelles, en présence d'une clause de rétroactivité : effets normaux, effets exceptionnels.

1° *Les effets normaux de la rétroactivité*

90. — Les effets de la loi rétroactive sur les conséquences présentes des faits passés sont limités dans le temps, mais à raison de la qualification de ces faits.

La loi normalement rétroactive atteint tous les faits passés quelle que soit la date à laquelle ils se situent. Certaines clauses limitent l'effet de la rétroactivité jusqu'à une certaine date : c'est une des limitations expresses de la rétroactivité qui révèle l'existence d'une rétroactivité limitée (175).

Mais la loi normalement rétroactive est exclue dans ses effets des *causae finitae*. Pour étendre l'application de la loi nouvelle aux affaires antérieures qui ont été terminées par une décision judiciaire, il faut une disposition expresse contenue dans la clause de rétro-

(174) Par exemple pour un fait constituant une présomption : Cour d'appel de Lyon, 7 nov. 1955, J.C.P., 1956.II.9170, note BASTIAN ; *Rev. trim. com.*, 1956, 323, obs. HOUIN.

(175) Cf. loi du 23 août 1948 relative aux cotisations de l'allocation aux vieux travailleurs ; Cass, civ., 19 nov. 1954, DS., 1955, S. 36.

activité (176). C'est là une limitation donnée à l'effet rétroactif à raison de la qualification particulière qui est donnée à ce fait passé qu'est la décision judiciaire. On sait qu'on assimile aux *causae finitae* proprement définies comme il précède les litiges éteints par une transaction, ou la prescription.

L'idée de litige est donc retenue ici pour limiter l'effet de la loi rétroactive.

On a pu justifier cette solution par l'idée, au demeurant très exacte, que le trouble apporté par la loi rétroactive sera d'autant plus grave qu'il ressusciterait des difficultés nées d'opposition d'intérêts définitivement réglés; et même si ces litiges n'ont pas été terminés conformément aux vœux nouveaux du législateur, entre la satisfaction donnée par le rétablissement de la vérité et le trouble provoqué par la résurrection d'affaires terminées, on s'attachera à la seconde proposition de cette alternative. Cette solution justifie, conformément au sens commun, qu'il vaut mieux s'attaquer aux questions posées avant qu'elles ne soient résolues.

Mais cette solution peut également être considérée comme le reliquat d'une règle de conflit primitive ne reconnaissant comme fait localisable dans le temps, comme révélant seules une actualisation indiscutable, les décisions judiciaires définitivement terminées. Une telle conception était liée à la conception archaïque que seule l'action en justice concrétise un droit et qu'en dehors de celle-ci, il n'y a pas d'actualisation. Cet effet normal de la rétroactivité pouvait être considéré comme révélant dans une conception sommaire de la localisation dans le temps, ce que certains appellent de nos jours un effet immédiat. Cette observation nous amènera à rappeler qu'hors d'une appréciation exacte du concept d'actualisation, la notion de rétroactivité paraît imprécise, contingente et relative.

De nos jours, une telle conception n'a plus cours, et on est admis à considérer l'existence et la manifestation du fait hors de la perspective strictement contentieuse de l'action, simple support du droit. Il y a donc rétroactivité lorsque l'effet de la loi nouvelle porte sur un fait révélateur de l'actualisation d'un droit. Pourtant l'exclusion de l'effet rétroactif normal est maintenu pour les *causae finitae*, mais pour des raisons nouvelles qui expliquent l'application de la loi rétroactive aux causes pendantes qu'il nous faut à présent examiner.

L'idée de rétroactivité révèle une prétention de la loi nouvelle d'imposer aux comportements antérieurs à son apparition une certaine conception de la vérité juridique. Aux questions qui étaient posées

(176) Cf. à propos de l'interprétation restrictive d'une telle clause, contenue dans le décret du 30 septembre 1953, sur les baux commerciaux, *infra*, p. 167.

jadis de savoir si telle règle était la règle vraie, la loi nouvelle admet qu'on ait pu penser à la résoudre à l'aide de la loi ancienne, puisqu'elle ne peut nier l'évidence de son existence, mais ne peut admettre que sous prétexte que la question s'est concrètement posée sous l'empire de la loi ancienne, on continue à chercher la réponse à cette question dans les dispositions abrogées, alors que la vérité juridique est là, exprimée par la loi nouvelle. Le fait que la question se soit posée dans les termes et les conditions prévus par la loi ancienne ne constitue pas un obstacle à ce que la réponse en soit fournie par la loi nouvelle, même au prix d'une dénaturation des conditions générales de la question posée, ce qui constitue ici l'essentiel de l'effet rétroactif. La rétroactivité aggravée constitue précisément un degré plus avancé de la méconnaissance de la relativité des lois, en refusant d'accepter la réponse définitive donnée par la loi ancienne. Ainsi donc l'effet rétroactif, en dépit des progrès de l'actualisation, ne peut empêcher qu'il soit considéré sous l'angle de la question posée lors d'un litige, quand bien même l'aspect contentieux du problème ne serait plus qu'un élément caractéristique du résultat et non pas un élément de la détermination qui a conduit à l'accepter.

91. — C'est ce raisonnement qui permet d'inclure l'effet des lois interprétatives dans cette catégorie des effets normaux de la rétroactivité.

En effet, la loi véritablement interprétative répond, on le sait, au besoin de préciser des solutions divergentes nées d'interprétations différentes d'une loi préexistante. Son but est de rappeler une vérité contenue dans la loi ancienne, dont elle ne nie pas le bien-fondé, tout en critiquant la manière dont elle a été comprise. Les questions posées devront être résolues conformément à la compréhension « authentique » qu'en a fournie la loi interprétative. Il va de soi qu'en ce qui concerne les réponses déjà fournies conformément à la compréhension condamnée, la loi interprétative sort de sa fonction qui est de préciser le contenu d'une réponse à fournir, en s'attaquant aux questions déjà résolues, aux *causae finitae* (177). Si elle

(177) Cour d'appel de Pau, 18 mai 1954, D. 1955, somm. 18. Il va de soi que cette exclusion de l'effet de la loi nouvelle interprétative ou rétroactive sur les causes jugées ne se poursuit pas au-delà de la promulgation de la loi nouvelle. C'est ainsi que s'il est de principe que la rétroactivité des lois interprétatives ne peut porter atteinte à l'autorité d'une décision de justice passée en force de chose jugée, cela s'entend habituellement d'une décision dont l'exécution n'a pas à être remise en cause, et à se renouveler; ce principe ne saurait interdire pour l'avenir l'application de dispositions légales qui, bien que qualifiées d'interprétatives, n'en sont pas moins contraires à celles appliquées par la décision de jus-

le faisait, ce ne serait plus une loi interprétative, mais une loi affectée de la clause de rétroactivité aggravée. Classées alors dans la catégorie des lois rétroactives proprement dites, c'est en réalité non une interprétation du contenu d'une vérité préexistante à laquelle elles tendent, mais l'affirmation sans concession d'une nouvelle vérité. La limite de l'effet rétroactif réside alors sur le point de savoir si la méconnaissance volontaire du phénomène de la relativité des lois doit aller jusqu'à ignorer l'existence même d'une vérité antérieure, ou simplement limiter l'effet de la loi nouvelle aux cas où cette vérité n'a pas reçu une consécration judiciaire.

92. — Cette différenciation dans l'effet comparé de la loi authentiquement interprétative et de la loi rétroactive, va se retrouver avec la même justification dans la solution qui conduit à exclure de l'effet rétroactif les instances pendantes devant la Cour de Cassation, alors qu'elles sont soumises aux lois interprétatives. L'expression du droit est censée en effet rester la même dans la loi interprétative, alors qu'elle est nouvelle dans la loi rétroactive, et constitue un élément nouveau dans le litige dont le juge de cassation ne peut se saisir pour la première fois.

Au contraire, les lois rétroactives ont effet en cause d'appel (178) pour des faits antérieurs à la loi nouvelle, parce que les juges d'appel restent des juges du fond et que l'origine de la demande ne change pas, quand bien même le contenu de la règle applicable serait rétroactivement modifié (179).

93. — Enfin cette étude de l'effet de la loi rétroactive sur les instances ne doit pas faire perdre de vue qu'il ne s'agit ici que d'un reliquat d'une mauvaise méthode de localisation dans le temps et que lorsqu'il s'agit d'étudier l'effet de la loi en général, ce ne sont pas les litiges qu'il faut retenir, en tant que tels, mais les manifestations de la réalisation des virtualités juridiques et le moment où elle se situe. En règle générale, la considération de l'existence d'un litige, ou du caractère définitif ou non de la décision qui est inter-

tice intervenue. Méconnaître, dans les rapports ultérieurs des parties, la modification résultant de la loi nouvelle, aboutirait à priver une catégorie de justiciables du bénéfice d'une loi qui, en principe, doit profiter à tous, donc à en restreindre la portée, alors que le législateur l'a voulue aussi étendue que possible puisqu'il a été jusqu'à la rendre rétroactive.

(178) Cf. CARBONNIER, D.C. 1941, 56, et Cass. civ. com., 13 avril 1956, DS., 1956.412, à propos de l'application du décret du 30 sept. 1953 aux instances en cours. Cf. *id.* précité Cass. civ. soc. 16 mai 1957. *Gaz. Pal.* 1957.2.131 qui donne une solution contraire, mais pour une loi interprétative à laquelle la Cour dénie cette qualité.

(179) Cf. note Trib. civ. Seine, 3 fév. 1956, DS., 1956.148, note ROUAST, pour ce raisonnement appliqué il est vrai hors d'une hypothèse de rétroactivité.

venue est inopérante en droit transitoire (180). L'exception prévue dans l'étude de l'effet rétroactif normal se justifie par des considérations d'ordre historique d'une part, et par le fait que le législateur rétroactif n'a pas poussé le refus de prendre en considération la relativité des lois jusqu'à nier l'existence d'une vérité juridique antérieure.

Quelques exemples pratiques permettent d'étayer ces quelques développements théoriques.

Un effet propre aux lois rétroactives consiste tout d'abord à faire revivre un droit éteint sous l'empire de la loi ancienne. Un arrêt de la Cour de cassation, que nous interpréterons *a contrario*, explique qu'« ayant constaté que le propriétaire d'un immeuble sinistré qui à reconstruit un seul immeuble en remplacement de deux sur l'emplacement de l'immeuble acquis et a entrepris la construction d'un nouvel immeuble avant la promulgation de la loi du 2 août 1949, les juges du fond admettent à bon droit que les locataires du premier immeuble ont perdu le droit de report qui, sous l'empire de la loi du 28 juillet 1942, était subordonné à la reconstruction sur le même emplacement, la loi du 2 août 1949 (qui a admis un tel report), à défaut de caractère rétroactif, n'ayant pu faire revivre un droit définitivement éteint » (181).

De même, le décret du 9 août 1953, sur les baux à loyer, aurait eu un effet rétroactif s'il avait conduit à valider un acte nul sous l'empire de la loi ancienne (182).

Ainsi le décret du 22 septembre 1953 qui limite les personnes pouvant mettre un fonds de commerce en gérance à ceux qui ont depuis sept ans exploité une entreprise commerciale a un effet rétroactif quand il commande de se placer au moment de la mise en location-gérance, au besoin sous l'empire de la loi ancienne pour juger si les conditions sont réunies (183).

De même le décret du 30 septembre 1953, relatif aux baux commerciaux et à leur révision, a un effet rétroactif normal lorsqu'il est déclaré que ses dispositions rétroactives seront applicables aux ins-

(180) Cour d'appel Paris, 15 juin 1955, S., 1956.67; Cour d'appel Colmar, 13 oct. 1956, *Rev. crit.*, D.I.P., 1955.728, obs. WESER; Cour d'appel Paris, 16 fév. 1956, *Gaz. Pal.*, 3-6 mars 1956, DS., 1956.204 et Cour d'appel Paris, 18 mai 1956, précité; obs. DESBOIS à *Rev. trim. droit civ.*, 1956, p. 320.

(181) Cass. civ. com., 27 juin 1955, DS., 1955, S. 67.

(182) Paris, 16 déc. 1954, DS., 1955, S. 40.

(183) Montpellier, 15 fév. 1956, DS., 1956.270, *Rev. trim. droit com.*, 1956, 416, obs. JAUFFRET. La question n'a plus d'ailleurs qu'un intérêt historique depuis que la loi du 20 mars 1956, dans son article 15, d'application rétroactive, décide que les locations-gérançes en cours demeureront soumises, quant aux conditions de validité, aux dispositions applicables au jour de leur conclusion.

tances introduites avant sa publication (184), ce qui est acquis puisque la considération d'un litige n'intervient pour limiter l'effet rétroactif que s'il s'agit d'une *causa finita*.

Mais cette limitation est finalement exclue dans l'hypothèse de la rétroactivité aggravée où, rappelons-le, le législateur pousse le refus de prendre en considération la relativité des lois jusqu'à méconnaître l'existence d'une loi antérieure à la sienne. Il est certain que cette rétroactivité aggravée, allant plus loin que la rétroactivité normale, déjà de droit strict, en présence de l'article 2 du Code civil, une plus grande rigueur sera à attendre des juges pour apprécier les cas où elle s'applique.

2° Les effets exceptionnels de la rétroactivité

94. — La clause de rétroactivité aggravée devra comporter en plus de l'indication formelle que la loi aura un effet rétroactif, la précision que cette rétroactivité s'étendra hors des limites habituelles de ses effets, aux causes jugées (185), à la restitution des intérêts usuaires versés par exemple (186).

A défaut de précisions, les juges seront en droit de limiter les effets aggravés à la stricte interprétation littérale des termes. C'est ainsi que dans le jugement précité du Tribunal civil de la Seine du 7 juin 1955, l'article 41 du décret du 30 septembre 1953 prévoyait l'application rétroactive de prescriptions nouvelles intéressant les baux commerciaux aux causes jugées : par une interprétation littérale et restrictive à l'excès, les juges ont décidé que le décret s'appliquait bien aux décisions passées en force de chose jugée, mais non aux décisions irrévocables. Ils ont utilisé la distinction entre les décisions passées en force de chose jugée et les décisions irrévocables qui a une signification en procédure civile où ces dernières sont celles qui ne sont plus susceptibles de voies de recours. Il ne fait pas de doute qu'une telle acception est parfaitement étrangère, en droit transitoire, à la notion de *causa finita*, et qu'un tel argument est un pur verbalisme.

Il n'en est pas moins révélateur à un double point de vue : la

(184) Cass. civ. com., 13 avril 1956, DS., 1956, 412 : « Attendu que l'article 39 dudit décret stipule que les dispositions du présent décret, à l'exception de celles prévues au premier alinéa de l'article 21, sont applicables de plein droit aux baux en cours ainsi qu'à toutes les instances introduites avant sa publication et en cours à cette date ». (Cf. *infra*, § 2 de la présente section.) Egalement Cass. civ. com., 16 avril 1956, S. 1956.43, note J.P.B.

(185) Cf. Trib. civ. Seine, 7 juin 1955, précité, DS., 1956, S. 14.

(186) Cf. la constitution déjà citée, chap. I^{er}, sect. I, p. 39.

nécessité imposée par l'article 2 d'interpréter strictement les clauses de rétroactivité, rejoint la défaveur inspirée par le procédé.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 janvier 1958 témoigne au contraire d'un état d'esprit différent (187). La loi du 5 janvier 1957 dans son article 9, relève de la forclusion qu'édicteait l'article 29 du décret du 30 septembre 1953, portant statut des baux commerciaux. Elle dispose, à titre transitoire, que les locataires forclos seront relevés de la forclusion édictée par le droit antérieur (188). La Cour de Paris décide d'appliquer l'article 9 aux forclusions constatées, en application de l'article 29 ancien, par des décisions définitives, rendues antérieurement à la loi nouvelle. Il y a donc application de la loi nouvelle aux *causae finitae*. Cette solution est caractéristique d'une rétroactivité aggravée : nulle disposition expresse de la loi nouvelle n'autorisait une telle application aux instances terminées. La Cour a tenté de justifier sa décision en faisant valoir qu'une loi du 11 septembre 1954 qui avait accordé semblable relief de forclusion, stipulait que son application ne serait pas étendue aux instances terminées définitivement : la loi de 1957 ne faisant pas mention de cette restriction (inutile puisque conforme à l'effet d'une rétroactivité normale) doit être interprétée comme ayant voulu cette rétroactivité aggravée... l'exception à la règle est ici tirée du silence de la loi !

Sur le plan de la technique du conflit des lois dans le temps et de la non-rétroactivité des lois, cette décision doit être critiquée. Une exception plus grave que l'exception à la règle, doit être interprétée encore plus strictement que l'exception de moindre conséquence. Aussi, la justification accessoire que la Cour tire des travaux préparatoires n'est guère de poids.

Cette décision est néanmoins susceptible d'une explication d'ordre psychologique : la juridiction semble avoir eu conscience qu'une décision judiciaire antérieure à la loi nouvelle n'est pas une actualisation à l'époque de la loi ancienne plus convaincante et plus déterminante que tout autre fait localisateur. La circonstance que la forclusion a été constatée par une décision judiciaire ne constitue pas une actualisation plus certaine que l'application automatique, par l'effet de la loi ancienne, ne l'oublions pas, de la même forclusion. Dès lors que l'effet rétroactif a été voulu par la loi nouvelle, aucun

(187) Cf. *Gaz Pal.*, 6 juin; J.C.P., 1958, 10443, et l'intéressant commentaire qu'en a donné M. BRACHET au *Rec. gén. lois et jurisprudence*, 1958, 457.

(188) Le texte primitif du statut portait forclusion du locataire qui n'avait pas assigné à fin de renouvellement ou de paiement d'indemnité d'éviction dans les trois mois du congé signifié par le bailleur. La loi de 1957 renverse la proposition en décidant d'une sorte de délai de réflexion de trois mois, avant que le locataire ayant reçu congé puisse saisir l'autorité judiciaire compétente. C'est le même texte qui a relevé les locataires forclos par l'effet du droit antérieur.

obstacle plus qu'un autre à son application n'est déterminant. Cette décision rejette une compréhension traditionnelle des effets de la rétroactivité : on admettra qu'à ce point de vue, elle est plus fondée qu'on ne pourrait le croire. Reconnaissons, cependant, que sur le plan pratique, cette solution est grave.

L'effet de la loi sur les jugements rappelle la véritable restitution *in integrum* à laquelle la rétroactivité aggravée risque de parvenir.

Une espèce jugée par le Tribunal civil de la Seine le 29 octobre 1955 (189) fera apercevoir l'aspect restitutif d'une telle rétroactivité. Un commerçant, titulaire d'un bail commercial, était tombé en faillite en 1951. Le bail contenant une clause de résiliation de plein droit, celle-ci fut prononcée, et le syndic expulsé es qualité en 1952. Ensuite, intervient le décret du 30 septembre 1953 qui supprime l'efficacité d'une telle clause et ce, à titre rétroactif avec effet étendu aux causes jugées. Le syndic est alors admis à former à la suite de la loi nouvelle une demande en indemnité d'une éviction, prononcée judiciairement sous l'empire de la loi ancienne et conformément aux prescriptions de celle-ci.

Comme le fait remarquer M. Hébraud à propos de cette décision (190), le risque auquel se trouve exposé le bailleur est grave : rien ne lui permet de se considérer comme étant à l'abri d'une remise en question d'une éviction prononcée en sa faveur. Et si, sur le plan de la technique de la rétroactivité, une telle solution est irréprochable, une telle politique juridique ne sera pas sans soulever des critiques très justifiées (191).

On conçoit alors que les juges aient senti le besoin d'atténuer les ravages provoqués par ce travail législatif et aient été conduits dans un but d'utilité générale, et dans une certaine mesure, au détriment de la logique du système, à accentuer la sévérité avec laquelle ils apprécient les conditions de la rétroactivité expresse, en fonction des troubles qu'en peuvent éventuellement produire les effets. On comprend mieux alors pourquoi la définition de la loi interprétative n'exclut pas une recherche des intentions et des buts du législateur, de même que les effets limités de la rétroactivité tempérée feront planer une telle confusion quant à sa nature et à son champ d'application, qu'on ne saura plus très bien où elle commence et ce que sont les conditions de son existence.

Nous nous attacherons tout d'abord à définir les effets de cette

(189) J.C.P., 1955.8997; *Gaz. Pal.*, 7 janv. 1956; *Rev. trim. droit civ.*, 1956, 176, obs. HÉBRAUD; *Rev. trim. droit com.*, 1956, 127, obs. HOUIN.

(190) Obs. précitées.

(191) On a pu parfois se demander, sans ironie, si certaine œuvre législative n'est pas davantage destinée à faire naître des litiges qu'à les éviter.

rétroactivité tempérée, l'étude de leur nature nous conduisant insensiblement à distinguer de l'effet rétroactif, l'effet immédiat et la survie de la loi ancienne.

95. — M. Roubier (192), donne comme hypothèse de rétroactivité tempérée celle dans laquelle le législateur statuant sur les conditions de constitution d'une situation juridique, revient sur les opérations qui l'ont entraînée, ou bien déclare que des faits passés n'avaient pas déterminé cette constitution contrairement à la loi en vigueur, ou bien au contraire qu'ils ont eu cet effet, contrairement toujours à la même loi, mais tout en maintenant les conséquences de cette existence dans tous leurs effets jusqu'à la promulgation de la loi nouvelle. On donnera, comme exemple, une loi qui décide d'abaisser rétroactivement le taux de l'intérêt, mais dont les effets ne s'appliqueront qu'aux intérêts à échoir, ou bien une loi qui décidera que des institutions valablement créées sous l'empire de la loi ancienne, une substitution par exemple, ne sera pas maintenue sous l'empire de la loi nouvelle, si les intéressés ne se soumettent pas à des formalités de publicité dans un certain délai. On connaît le décret du 4 janvier 1955 qui a réorganisé le régime hypothécaire français en tendant à réduire les hypothèques légales occultes (193). Les hypothèques légales antérieures seront sans effet (rétroactivité) en dépit de la conformité de leur existence au régime antérieur, si (rétroactivité tempérée) elles n'ont pas fait l'objet d'une inscription avant le 1^{er} janvier 1957 (194).

On connaît la solution traditionnelle du droit transitoire qui applique aux effets des contrats leur loi d'origine. Une loi nouvelle qui, tout en reconnaissant l'existence du contrat et de ses effets jusqu'à sa promulgation décide que pour l'avenir ces effets seront régis par la loi nouvelle, constitue selon Affolter, une marque de rétroactivité tempérée. M. Roubier y voit au contraire non plus un effet rétroactif tempéré mais une simple conséquence de l'effet immédiat de la loi : ce qu'il admet c'est que la règle de survie ici normalement compétente a été écartée, mais il n'y a pas là, selon cet auteur, de rétroactivité mais simplement effet immédiat. Et l'opposition se marque ici quant à la nature des effets de la rétroactivité tempérée.

Le caractère de cette opposition est de reposer dans chacun de ses membres sur une conception *a priori* de la loi normalement compé-

(192) *Op. cit.*, T. I^{er}, pp. 532 et suiv.

(193) Cf. notamment article 39.

(194) Cette disposition peut également s'analyser en droit transitoire substantiel (loi de transition).

tente. Pour M. Roubier, c'est la loi nouvelle; pour Affolter, c'est la loi ancienne. On ne recherche plus dans ces deux positions la localisation du fait pour déterminer si l'application de la loi nouvelle sur celui-ci conduira à un effet rétroactif.

Pour Affolter, la règle étant de l'application de la loi ancienne aux situations créées sous son empire, une loi écartant cette survie pour tous les effets produits depuis sa promulgation, imposera à un tel effet, un caractère exceptionnel, puisque la règle normale est écartée.

Pour M. Roubier, au contraire, la nature des effets produits par la rétroactivité limitée est très difficile à distinguer de celle des effets produits par l'application immédiate.

Dans l'exemple du pacte d'intérêts usuraires qui cesse d'être applicable au jour de la promulgation de la loi nouvelle, où commencent donc à se faire sentir les effets de la rétroactivité tempérée, cause de l'effet immédiat mettant en échec la règle de survie ?

M. Roubier ne peut sortir de cette difficulté qu'en posant *a priori* que tout ce qui survient sous l'empire de la loi nouvelle lui est soumis, car les lois doivent recevoir une application immédiate. La distinction est alors plus aisée : si un fait présent est soumis à la loi ancienne c'est qu'il y a survie, exception au principe de l'effet immédiat. Si un fait passé est soumis à la loi nouvelle, il y a rétroactivité. Si un fait appartient à une situation habituellement soumise à la loi ancienne, l'application de la loi nouvelle est ici une exclusion de la règle de survie, s'il s'agit d'un fait présent, un effet rétroactif, s'il s'agit d'un fait passé.

Si un fait appartient à une situation habituellement soumise à l'effet immédiat de la loi nouvelle, l'application de la loi nouvelle à un fait passé est un effet rétroactif. L'effet rétroactif tempéré est alors, selon M. Roubier, celui qui laisse subsister les effets réalisés d'une situation reconnue sans effet juridique par la loi nouvelle : une situation ancienne est en quelque sorte privée d'effet pour l'avenir, mais sans pour cela que les effets déjà réalisés soient mis en cause.

L'effet immédiat, toujours selon M. Roubier, est celui qui ne peut revenir sur les conditions d'existence et les effets déjà réalisés, mais conduit à l'application de la loi nouvelle aux effets de cette situation : la situation ancienne a perdu les effets envisagés par la loi ancienne, sans d'ailleurs que les effets déjà réalisés soient mis en cause.

Où est la différence ? Dans l'hypothèse de la rétroactivité atténuée, l'existence de la situation peut être privée rétroactivement de vie juridique : mais la condamnation reste symbolique puisque les effets déjà réalisés restent acquis. Au contraire, l'application immédiate ne met pas en doute l'existence d'une situation juridique, mais

n'atteint que les effets futurs. Deux termes de la comparaison sont identiques : maintien des effets passés; deux sont différents : l'effet rétroactif met en doute l'existence de la situation, au contraire de l'effet immédiat. Quelle est la portée de la distinction : l'inexistence juridique de la situation ancienne est reconnue par l'effet rétroactif, mais sans autres conséquences que celles qui découlent de l'effet immédiat, qui lui, ne pose pas la question de cette inexistence.

Quelle est l'utilité alors dans la construction de M. Roubier de la notion de rétroactivité tempérée, qui n'est plus alors qu'une rétroactivité sans sanction, *imperfecta*. Mais alors qu'est-ce qu'un effet rétroactif sans effet ? (195)

96. — En vérité, la notion d'un principe *a priori* de l'effet immédiat ne peut se concevoir sans une certaine confusion à la limite des effets rétroactifs atténués et de l'effet immédiat. Mais la distinction, en dépit de sa difficulté est néanmoins indispensable à une telle construction, car elle permet de situer l'effet immédiat hors du principe de non-rétroactivité sur un plan parallèle à celui-ci, et d'en tirer une troisième modalité de l'effet des lois dans le temps, la survie. Mais l'application immédiate et la survie était mis hors du principe de non-rétroactivité, figurant les trois hypothèses de l'effet des lois, on peut concevoir un assouplissement des conditions d'application des lois anciennes et nouvelles dans une mesure beaucoup moins rigoureuse qu'en matière de rétroactivité normale. L'application de l'effet immédiat en place de la survie n'aura pas de conséquences différentes et ne soulèvera pas d'autres troubles qu'une rétroactivité atténuée. On concevra alors dans la confusion de ces effets, qu'il sera possible d'effectuer une recherche d'intention et de but chez le législateur, sans que le fait de savoir s'il s'agit d'une atteinte implicite au principe formel de la non-rétroactivité, ou une atteinte au principe non formulé de l'effet immédiat soit déterminant. Et la logique y gagnera d'avoir écarté la rétroactivité tacite expressément condamnée par le principe de non-rétroactivité, en admettant un effa-

(195) Par ailleurs, M. ROUBIER (*op. cit.*, I, pp. 616 et suiv.) estime qu'il y a exclusion de la règle de survie quand une loi nouvelle s'applique au contrat, alors qu'il qualifie de rétroactivité tempérée l'effet de la loi nouvelle sur les clauses expresses du contrat, à compter de sa promulgation. Nous sommes bien d'accord sur ce dernier point, mais nous ne comprenons plus alors pourquoi dans le premier cas il y a exclusion de la règle de survie et non effet rétroactif, alors que l'auteur a, comme nous le verrons, critiqué, à juste titre selon nous, toute distinction entre le contenu exprès et le contenu non formulé par les parties, pour juger de la loi applicable dans le temps au contrat. (Comparer dans le sens de notre opinion, Cour Sup. Bruxelles, 30 mars 1820, cité par MAILHER de CHASAT, I, p. 281, sinon dans la solution aujourd'hui discutable, tout au moins dans les motifs.)

cement tacite de l'effet immédiat ou de la survie, remplacée fort à propos hors du principe de non-rétroactivité.

Une telle construction appelle l'admiration. On regrettera qu'elle s'appuie sur une distinction bien délicate à la limite entre l'effet rétroactif atténué et l'effet immédiat, d'autant plus que l'analyse des situations juridiques telle qu'elle a été conduite par le même auteur, permettrait d'éviter de faire reposer tout un système sur une distinction aussi ténue.

C'est à cette analyse qu'il conviendra de passer, après avoir donné un aperçu des modalités d'application à un fait présent, soit de la loi ancienne, soit de la loi nouvelle.

B. — MODALITÉS D'APPLICATION A UN FAIT PRÉSENT DE LA LOI ANCIENNE OU DE LA LOI NOUVELLE

97. — La survie de la loi ancienne suppose qu'un fait présent est soumis à la loi ancienne, en raison de ce que la situation à laquelle il appartient, suggère un tel rattachement pour des raisons qui nous restent à préciser (196). Le terme même de survie n'est d'ailleurs pas sans évoquer le caractère inhabituel d'un tel effet de la loi et certains ont été jusqu'à l'opposer au caractère contraire de l'effet rétroactif.

A la vérité, l'expression « survie de la loi ancienne », ne nous satisfait pas. On conçoit l'application possible en droit transitoire de deux lois : la loi ancienne et la loi nouvelle. Cette application est dictée par la règle de conflit qui définit les moyens de la détermination du champ d'application respectif des lois dans le temps. La loi ancienne doit être appliquée au fait passé, à peine de rétroactivité, si on lui appliquait la loi nouvelle. La question de la loi applicable au fait présent ne trouvera pas encore ici sa réponse. Ce que nous savons simplement, c'est que le principe de rétroactivité interdit dans certains cas l'application de la loi nouvelle; nous en avons conclu que, dans ces cas, il y avait lieu à l'application de la loi ancienne. Le point où nous sommes parvenus actuellement dans nos recherches ne permet pas encore d'apercevoir un critère d'application valable en toute hypothèse, bien que le moyen d'y parvenir, l'actualisation, ait été mis en évidence.

L'application de la loi ancienne à un fait présent va conduire le juge à appliquer une loi qui n'est plus celle qu'il a pour mission

(196) Pour un exemple de survie de la loi ancienne, cf. l'application de la loi ancienne aux faillites commencées antérieurement au décret du 4 mai 1955 (art. 183), même pour les actions à intenter sous l'empire du droit nouveau. Cf. HOUIN, obs. in *Rev. trim. dr. com.*, 1956.131; DERRIDA, note sous Nancy, 5 mars 1956, *J.C.P.*, 1956.9547; sur le même arrêt, cf. HOUIN, *Rev. trim. dr. com.*, 1956.745.

d'appliquer. Sa situation rappelle celle du juge qui statue en vertu d'une loi étrangère au for. L'antériorité de la règle appliquée, soulèvera d'ailleurs des problèmes d'harmonisation de la règle de conflit avec le milieu juridique qui souligneront cette analogie (197).

L'effet de la loi nouvelle, dans la mesure où il ne correspond pas à un principe *a priori* d'application de la loi dans le temps, a une signification technique beaucoup plus heureuse. Vis-à-vis de ce que nous avons appelé le fait présent complexe, on peut concevoir des modalités d'application tant de la loi ancienne que de la loi nouvelle.

L'application de la loi nouvelle est, on l'a vu, parfaitement normale, en ce qui concerne le fait présent. Dès toutefois que le fait présent se colore d'une certaine antériorité, l'application de la loi nouvelle n'est plus aussi évidente et l'utilité de la règle de conflit et de la méthode de l'actualisation apparaît.

98. — Sur le terrain de cette localisation dans le temps et sans préjuger des rattachements qu'il faudra rechercher ultérieurement, on pourra écarter dès à présent certaines difficultés plus apparentes que réelles d'ailleurs.

Un premier point est certain, c'est que lorsque la règle de conflit a conduit à appliquer à un fait présent complexe la loi nouvelle, l'actualisation a été faite, le rattachement précisé puisque la règle a joué en faveur d'une des lois en présence, la considération, à ce moment-là, de l'introduction d'une instance après ou avant la promulgation de la loi nouvelle est sans aucune influence pour les suites de la question. Si le fait présent avait donné lieu dans le passé à un jugement de fond, il est inexact de dire qu'il y a là un effet déterminant, car si cela est bien vrai, ce n'est pas à ce moment-là qu'il a été utilisé mais lors de l'élaboration du rattachement, qui avait d'ailleurs pu être mis en évidence par une actualisation encore antérieure, bien que moins marquante que la solution du litige.

Donc, si le fait rattaché à la loi nouvelle fait l'objet d'une instance engagée antérieurement à la loi nouvelle, celle-ci est applicable immédiatement.

Mais encore faut-il que les règles habituelles de la procédure soient respectées. Sans préjuger de l'harmonisation, nous verrons qu'elles se concilient fort bien avec les résultats de l'actualisation.

La loi nouvelle sera applicable aux instances en cours relatives au fait présent, complexe, même en cause d'appel : si une demande a été introduite relativement à celui-ci, c'est donc que la cause en existait auparavant, ce qui laisse évidemment supposer le fait présent

(197) Cf. *infra*, chap. I^{er}, p. 241.

complexe qui inclut un lien avec une situation antérieure. La loi nouvelle n'a donc pas créée une cause nouvelle d'action, mais simplement un moyen nouveau à faire valoir (198). Au contraire, si la loi nouvelle crée une possibilité d'action qui n'existait pas auparavant, il y a en réalité deux faits : un fait présent complexe rattaché à une situation, objet d'une action introduite, et un fait présent ordinaire, né de la possibilité réalisée d'introduire une demande nouvelle. La loi nouvelle ne s'applique pas alors à l'instance pendante, parce que le fait qui constitue la concrétisation de la virtualité qu'elle apporte, est un fait nouveau, déviant du fait présent complexe, et qui doit faire l'objet d'une demande nouvelle distincte.

C'est ce qu'illustrent les considérants d'un arrêt de la Cour de Paris, à propos de l'application aux instances en cours de la loi du 15 juin 1955 (199) (on supposera connue la règle de conflit qui a décidé ici de l'application de la loi nouvelle).

Nous lisons dans cette décision « qu'à cette application immédiate de la loi ne fait point obstacle la circonstance que semblable situation juridique serait déjà l'objet d'un litige judiciaire, dès lors que ce n'est pas à l'appui d'une demande présentant le caractère de demande nouvelle qu'est invoquée la loi entrée en vigueur pendant l'instance » — et la liaison entre les problèmes transitoire et de procédure — « qu'en effet, devant une juridiction du second degré saisie de l'entier procès par l'effet dévolutif de l'appel, l'application de dispositions législatives nouvelles à une situation juridique non contractuelle en cours n'a d'autres bornes que celles que définit l'article 464 C.P.C. en ses alinéas 1^{er} et 3 ». C'est ce raisonnement poursuivi dans toutes ses conséquences, lié à la compétence particulière de la Cour de cassation, qui nous ferait exclure, en revanche, l'application de la loi nouvelle à l'instance engagée en cassation (200). Et, en effet, dans le cadre particulier de la loi du 15 juillet 1955, l'action intentée sur le fondement de la loi nouvelle n'est pas une action d'état, mais une action alimentaire; par rapport à l'ancienne action d'aliments, seuls les moyens ont changé, mais la demande reste la même (201).

(198) De même en droit international privé, la loi étrangère peut être invoquée en cause d'appel; Cass. civ., 13 juin 1908, DP. 1908.I.523, S. 1911.I.241, note NAQUET.

(199) S. 1956.67.

(200) Cass. civ. soc., 11 mars 1955, DS. 1955 S. 58 : « La Cour de cassation ne pouvant juger que sur les constatations du juge de fond, une loi votée et promulguée après la décision attaquée ne saurait devant la Cour de cassation entraîner l'annulation d'une décision rendue conformément aux textes en vigueur au moment où elle est intervenue. »

(201) Cf. note ROUAST, précitée. Cf. *id.*, obs. DESBOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1956, p. 702. Cf. O. KUNHMUNCH, *Le statut juridique de l'enfant adultérin en droit français*. Thèse Aix, 1956, notamment pp. 149 et suiv., et 179.

C'est ce que précise un jugement du Tribunal de la Seine du 3 février 1956 (202) qui déclare « que la loi du 15 juillet 1955, en modifiant l'article 342 du Code civil, n'a pas en réalité créé un droit nouveau mais a seulement aménagé l'action alimentaire déjà reconnue en son principe par l'article 762 du Code civil et par la jurisprudence antérieure (cf. not. civ. 17 janvier 1949) ».

De même le décret du 30 novembre 1953, dans ses dispositions intéressant les faits présents s'applique aux instances en cours (203). C'est ainsi qu'il résulte des articles 26 à 31, 34 et 39 que le président du tribunal est seul compétent pour statuer sur les demandes de révision légale ou contractuelle : le tribunal civil doit donc d'office se déclarer incompétent pour connaître d'une telle demande, même s'il est intervenu un jugement avant dire droit désignant un expert ce qui est sans effet sur le fond de l'affaire (204).

L'étude de l'effet de la loi nouvelle est donc pleine d'enseignements en ce qui concerne ses rapports avec les instances en cours. Mais pas plus que la survie de la loi ancienne, l'effet immédiat ne rend compte des moyens propres à parvenir à déterminer la loi applicable au fait présent complexe, sinon au fait présent et au fait passé. L'échec de la théorie des droits acquis, l'insuffisance de celle des *facta praeterita* ont montré l'impossibilité d'obtenir un critère valable qui définirait les limites d'application de la survie de la loi ancienne. La simplicité et l'évidence apparentes du principe de l'application

(202) DS. 1956.148, note ROUAST et dans le même sens : Paris, 16 fév. 1956, *Gaz. Pal.*, 3-6 mars 1956; *Rev. trim. dr. civ.*, 1956.325, obs. DESBOIS; DS., 1956.204, J.C.P., 1956.9128. M. DESBOIS, obs. précitée, estime bien l'intention du législateur de détacher l'action alimentaire du cadre de l'action d'état. Cela ne coïnciderait pas avec la solution exprimée par ailleurs au même jugement de soumettre l'action alimentaire de la loi de 1955 aux mêmes conditions de recevabilité et aux mêmes fins de non-recevoir que l'action en recherche de paternité naturelle de l'article 240, elle, action d'état. L'aspect transitoire de la question n'en est pas affecté tant que l'instance introduite sous l'empire de la loi ancienne trouvait son principe dans une réclamation d'aliments. Au demeurant (Montpellier, 3 janv. 1956, DS., 1956.186) la loi du 13 juillet 1955 appliquée à une action en recherche de la paternité naturelle intentée antérieurement impose l'application aux faits antérieurs des fins de non-recevoir résultant de l'examen des sangs. Ce qui est conforme d'ailleurs au régime transitoire de la preuve que nous étudierons plus loin (cf. chap. II, sect. III, § 2).

(203) Trib. civ. Seine, 14 mai 1955, DS. 1956, S. 58.

(204) Egalement à propos de l'application du décret du 30 sept. 1953 relatif aux baux commerciaux, non plus en ce qui concerne la révision, mais la demande de reprise, solution identique (Cass civ com., 16 avril 1956, DS., 1956.448). Cf. également sur l'application aux instances en cours : 1° de la convention du 19 juin 1951 sur le statut juridique des forces armées du Pacte de l'Atlantique, Paris, 14 déc. 1953, *Clunet*, 1954.736, note GOLDMANN; 2° de la convention franco-sarroise du 20 mai 1953, Paris, 27 janv. 1955, DS., 1955.277. Cf. *id.*, HÉBRAUD, *Chron. à la Rev. trim. dr. civ.*, 1958, 287 et 438.

immédiate n'ont masqué que pour un temps la confusion qui caractérise les frontières de l'effet immédiat et de l'effet rétroactif (205).

Ceci fera sentir la nécessité de pousser plus avant l'analyse du fait présent complexe, qui doit être replacé dans le cadre de la situation juridique dont il fait partie. Par sa survenance à l'époque de la loi nouvelle, mais par ses liens avec le passé, un tel fait pose le problème de conflit dans toute son acuité. Seule une analyse des situations juridiques, en regard de l'effet des lois dans le temps et à l'aide du critère de l'actualisation permettra de parvenir à la solution de cette difficulté.

§ 3. — L'ANALYSE DES SITUATIONS JURIDIQUES

99. — Pour savoir si le fait présent est soumis à la loi ancienne ou nouvelle, il faut le replacer dans le cadre d'une situation d'ensemble. Un fait présent est celui qui révèle objectivement qu'une possibilité offerte par une règle de droit abstraite et générale a été réalisée depuis l'apparition de cette règle de droit. Cette possibilité de réalisation est liée à la réunion d'un certain nombre de conditions préalables dont certaines ont pu se trouver réalisées dès avant la règle nouvelle. C'est dans cette mesure que l'on a l'intuition d'un lien d'un fait présent avec le passé, quand bien même l'actualisation apparente se serait faite sous l'empire de la loi nouvelle. On percevra encore plus nettement cette idée quand on songe que la plupart des lois nouvelles ne créent pas des institutions mais se contentent de modifier le régime des institutions préexistantes, et que par conséquent, les conditions d'application de la norme nouvelle peuvent être liées à l'existence de situations nées antérieurement à son apparition. A la réflexion, on conçoit même la difficulté de ne pas tenir compte du passé dans la création d'une institution nouvelle : la création de la Sécurité sociale fait appel à l'existence de relations de travail préexistantes (206), la création d'une indemnisation de dommages de guerre suppose des droits réels ou assimilés exercés sur les biens sinistrés. Souvent l'actualisation d'un fait à l'époque de la loi nouvelle suppose la réunion d'un certain nombre de conditions réalisées, donc elles-mêmes actualisations de possibles, qu'on peut envisager s'être passées

(205) Cf. ce qu'en disait BARTIN (notes sous AUBRY et RAU, 6 bis, T. I^{er}, p. 107) : « ...les formules nouvelles, celles mêmes que propose M. Roubier et qui opposent l'effet immédiat de la loi à son effet rétroactif, paraissent sur bien des points d'une application aussi incertaine que les formules anciennes. »

(206) Encore qu'il finit par y avoir une acception de la notion de travail au sens du droit de la sécurité sociale qui s'est différenciée de celle reçue par le droit du travail.

sous l'empire de la loi nouvelle, mais également sous celui de la loi ancienne.

On sent alors la nécessité d'un critère pour déceler un rattachement convenable parmi cette pluralité des rattachements concevables. Il faut trouver le moyen de dire qu'en dépit de ses liens avec le passé, tel fait doit être soumis à la loi nouvelle, ou tel autre à la loi ancienne, en raison d'une indivisibilité des éléments d'une situation antérieurement créée.

Le fait s'insère dans une situation dont la durée et les liens avec d'autres situations créent un réseau apparemment inextricable, dont il faudra pourtant sortir pour déterminer la loi applicable.

La nécessité de cette étude des situations juridiques est apparue à la fois comme réaction entre la théorie des droits acquis et contre la théorie des *facta praeterita*.

La méthode des droits acquis, on l'a vu, ne représentait plus que des rapports occasionnels et fortuits avec la définition originaire du concept de droit acquis, au point qu'elle signifiait non pas le critère pour parvenir à un résultat, mais ce résultat lui-même qui était obtenu soit par hasard, soit par intuition du véritable critère qu'est l'actualisation (207). Savigny, qui a entrevu le premier cette analyse des situations et la méthode de la localisation des rapports de droit pour en tirer la loi applicable, a pu ainsi, sans contradiction, poser le principe de la non-application de la loi nouvelle aux droits acquis, sans qu'une telle proposition aille au-delà d'un simple rappel du principe de non-rétroactivité, considéré comme posant l'existence du conflit, fournissant une première indication en vue de sa solution et laissant entrevoir que le critère de son application devait être fondé sur une localisation dans le temps des rapports de droit.

La méthode des *facta praeterita* a permis de surmonter avec succès quelques approches des difficultés du conflit. C'est en quelque sorte une application directe du principe de non-rétroactivité considéré comme une règle de conflit suffisante (208). Elle s'inscrit comme une solution de simplicité et de clarté en face de l'imprécision de la méthode fondée sur la notion de droit acquis. La proposition la plus utilisable est celle qui rappelle qu'un fait passé est soumis à la loi ancienne. Elle ne permet de rendre compte malheureusement de la loi applicable au fait présent qu'aux prix d'une qualification un peu surprenante de « présent passé », qui, toute ironie mise à part (209), révèle déjà la nécessité de rattacher le fait présent à une situation.

(207) Cf. *supra*, p. 152.

(208) Cf., précité, l'article de VAREILLES-SOMMIERES.

(209) Cf. M. ROUBIER sur BONNECASE, T. I^{er}, p. 334, n° 37.

dont une partie des éléments apparaît se situer à l'époque de la loi ancienne.

La notion de situation juridique semble imprécise et peu claire. La rentabilité du concept exige ici, vu l'étendue des questions, une très grande extension, même si, conformément à la règle d'Hamelin, elle oblige à une compréhension moins substantielle.

100. — Une grande extension est en effet nécessaire. La situation juridique doit renfermer toutes les hypothèses du comportement juridique. Ce n'est qu'une fois définie l'extension du concept qu'on peut passer à une analyse qui sans rompre son unité conduira à préciser les différenciations de ses éléments.

Ce point de vue conduit à condamner toute analyse hâtive qui chercherait, en dehors de toute préoccupation transitoire, à restreindre les hypothèses de connotation. C'est, on le rappelle, un des motifs qui nous a incliné à écarter les thèses de Duguit et de Jèze.

Ce même point de vue nous amènera à condamner une analyse, qui, tout en étant liée à des préoccupations transitoires, limite la notion de situation juridique à celle qui justifie l'application de la loi nouvelle par opposition aux contrats qui relèveront de leur loi d'origine. Ce qui est rendre le concept inutile en supposant le problème résolu, par une connaissance intuitive du résultat.

La définition de la notion de situation juridique doit donc se faire le plus largement possible pour permettre d'inclure dans tout le déroulement de la durée, ce qui intéresse le comportement de l'homme en regard des problèmes juridiques.

Les dimensions nécessaires de cette extension nous conduiront à comprendre dans ce concept relativement peu de caractères catégoriques juridiques.

Selon la définition de M. Roubier (210), la situation juridique « constitue essentiellement un composé de droits et obligations »; ce que M. Vitu précise en disant : « La situation juridique est l'ensemble des pouvoirs et des devoirs que possède un individu, soit à l'égard d'autres individus, soit à l'égard de biens, pouvoirs ou droits consistant dans la faculté ou l'obligation de faire ou de ne pas faire, soit des actes matériels, soit des actes juridiques. » (211) Et nous ajouterons que la situation juridique comprend aussi bien l'ensemble des virtualités qu'entraîne son existence que la réalisation volontaire ou non volontaire de ces virtualités. Par exemple, la situation d'héritier présomptif comprend la possibilité de venir à la succession, comme

(210) *Théorie générale*, p. 254, n° 28.

(211) *Thèse précitée*, p. 65.

également la concrétisation que représente par exemple à l'origine de la situation le décès d'un successible intermédiaire. La situation de l'héritier après l'ouverture de la succession comprend des virtualités, c'est-à-dire notamment la faculté qu'il a de se livrer sur les biens transmis à des actes de maîtrise, mais également des réalisations telles, dépendant de sa volonté, une mesure conservatoire de ses intérêts d'héritier, la demande du bénéfice d'inventaire, telle n'en dépendant pas, l'exigibilité de droits de succession.

De même, la situation de contractant, de locataire par exemple, comprend des actualisations, telles que l'obligation de garnir les lieux loués, de régler le prix des loyers, de jouir de la chose en bon père de famille, ou conformément à sa destination, mais également des possibles tels que demander la résolution, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, ou des dommages-intérêts pour trouble de jouissance, tels de se voir imposer une charge fiscale pour insuffisance d'occupation des lieux loués, ou de se voir opposer l'exercice du droit de reprise par le bailleur.

La compréhension du concept de situation juridique se limite donc à deux caractères pour justifier une grande extension du même concept : il faut qu'elle soit juridique, c'est-à-dire indique des faits qui relèvent du domaine du droit (212) ; il faut qu'elle pose la question du contenu des règles de droit en regard de sujets de droit que cette situation évoque.

L'analyse des situations juridiques, du point de vue du droit transitoire, doit conduire à rechercher parmi leurs éléments quels sont ceux qui peuvent faire l'objet d'une actualisation qui entraînera le rattachement du fait, élément de cette situation, à la loi ancienne ou à la loi nouvelle.

Auparavant, nous aimerions préciser les rapports entre fait et situation.

101. — Nous avons défini le fait, l'actualisation d'un possible offert par la règle de droit. La situation juridique a été définie comme un ensemble de possibles et d'actualisations, donc d'abstractions et de faits (213).

(212) Même ici l'extension du concept conduit à considérer comme situation juridique « les situations de fait parvenant à la vie juridique », selon l'expression du doyen CARBONNIER, qui se caractérisent par la non-reconnaissance de principe de leur existence juridique, mais dont un réalisme bien compris ne peut que conduire à reconnaître des effets juridiques. Cf. par exemple *Manuel*, I, p. 456, n° 144, à propos de l'union libre.

(213) Nous préciserons ici que la concrétisation par le fait n'exclut pas la création d'une situation née de ce fait, chargée à nouveau de concrétisations éventuelles, et ainsi de suite.

En regard de la succession des lois dans le temps, la question transitoire soulevée par un fait juridique peut être double : est-ce un fait passé ? Est-ce un fait présent ?

Soulevée pour un fait juridique, replacée dans l'ensemble que constitue du point de vue juridique pour un individu une situation juridique, la question transitoire se poserait dans les termes suivants :

S'agit-il ou ne s'agit-il pas d'un fait, c'est-à-dire d'un élément actualisé de la situation ? Mais s'il ne s'agit pas d'un fait, où est la question, car la poser, c'est, ou bien envisager la réalisation d'un possible, c'est déjà une actualisation, ou bien déterminer si ce possible existe. C'est alors rechercher si une telle situation a jamais compris ce possible, ce qui se fait par référence à la règle de droit qui prévoit cette situation. Si une telle situation exclut ce possible, c'est qu'il n'y a pas de question transitoire par disparition des éléments de conflit, c'est qu'il y a eu une erreur de qualification au départ. Si une telle situation admet ou a admis ce possible, rechercher l'existence de ce possible revient à rechercher si cette situation existe. Une existence ne se conçoit pas sans un commencement, qui est lui-même la concrétisation de la possibilité de la création de la situation, qui est donc un fait. Le point de savoir alors si ce possible qui a été admis sous l'empire de la loi ancienne est toujours réalisable à l'époque de la loi nouvelle qui y a porté atteinte, revient à rechercher quelle est la loi applicable au fait présent.

Si nous appliquons la méthode de l'actualisation, nous pouvons concevoir dans une situation juridique deux groupes d'éléments : il y a, d'une part, les éléments qui constituent des possibles jamais réalisés, donc qui sont des virtualités non localisables dans le temps. On ne peut les actualiser, ou plus exactement ils ne s'actualisent qu'au moment où l'on pose la question de leur actualisation, c'est-à-dire à l'époque de la loi nouvelle.

Il y a, d'autre part, les éléments qui constituent des actualisations, des faits.

Parmi le fait d'actualisation, il importe de distinguer la part de ce qui révèle l'existence d'une situation juridique de celle qui se réfère au contenu de cette situation.

Pourquoi proposons-nous cette distinction ? Pour une raison de méthode (214).

(214) On retrouvera en D.I.P. cette distinction entre création et contenu. Cf. notamment BATIFFOL, *Mélanges Ripert*, op. cit. Également Trib. com. Seine, 9 fév. 1956, *Rev. trim. dr. com.*, 1956.166, obs. LOUSSOUARN.

La révélation de l'existence d'une situation juridique est plus aisément localisable que la détermination de son contenu. C'est ainsi que l'existence d'une situation n'a pas d'autre effet, d'autres conséquences que de reconnaître qu'une certaine situation a été créée : le moment de cette création, si dans quelques hypothèses est parfois délicat à définir, une fois qu'il est précisé, le fait de cette existence n'implique rien d'autre que la reconnaissance de cette existence. La question qui se pose est alors de savoir si, au moment de l'entrée en vigueur de la loi, la situation existait ou n'existait pas.

La question de l'actualisation est beaucoup plus délicate dès qu'il s'agit du contenu de la situation (215). En effet, la réalisation même du possible suppose l'existence de ce possible dans la situation juridique, ce qui ne peut être donné que par référence à une loi. Mais quelle loi ? La loi ancienne ou la loi actuellement en vigueur ? Si la question de la réalisation de ce possible se présentait en dehors de tout conflit de lois dans le temps, c'est dans la loi qui a donné naissance à la situation, et toujours en vigueur, que nous chercherions la solution. C'est ce qui se passe par l'actualisation du contenu à époque de la loi ancienne : l'effet est possible si la loi ancienne le prévoyait. Mais le problème reste entier à l'époque de la loi nouvelle et semble être un véritable cercle vicieux : c'est à la loi qu'il faut déterminer qu'on demande de préciser le contenu possible de la situation juridique. C'est là le dernier point à réduire du problème de conflit.

103. — D'ores et déjà, notre analyse de la situation juridique est suffisamment avancée pour poser les termes mêmes du problème de conflit. Les questions relatives au conflit de lois dans le temps se résument dans les quatre points ci-après :

1° La question soulevée se réfère à un fait passé considéré dans son existence d'alors et non dans ses conséquences actuelles. Le seul aspect transitoire de la question est qu'elle se pose à l'époque de la loi nouvelle, car tout ici est dans l'emprise du passé. On connaît la réponse depuis longtemps dégagée du principe de non-rétroactivité : application de la loi en vigueur lors de la survenance du fait. L'efficacité actuelle de ce fait passé pose l'actualisation d'un fait présent complexe, auquel se réfèrent les points suivants.

2° La question posée actualise un fait présent dont la réception

(215) Sur la distinction entre l'existence et le contenu, cf. *Travaux préparatoires de la Commission de réforme du Code civil*, op. cit., p. 313 et à propos de la différence entre effets et contenu : Effet s'appliquerait plus spécialement au contrat ; contenu signifierait plus généralement le statut légal.

juridique n'aura pas d'autre conséquence que de reconnaître l'existence d'une situation juridique créée sous l'empire de la loi ancienne.

3° La question posée actualise un fait présent dont la réalisation aura pour conséquence de reconnaître des éléments du contenu concrétisés sous l'empire de la loi ancienne.

4° La question posée actualise un fait présent dont la réalisation pose l'existence d'éléments du contenu qui n'avaient jusqu'à ce jour jamais fait l'objet d'une actualisation.

La réponse au premier point a déjà été fournie. Le deuxième point intéresse l'existence de la situation juridique, c'est-à-dire la validité de sa création, les troisième et quatrième points se réfèrent à son contenu : création et contenu de la situation contractuelle délimiteront les parties des développements de ce paragraphe (215 *bis*).

A. — CRÉATION DE LA SITUATION JURIDIQUE (216)

104. — Nous nous trouvons ici devant une situation juridique dont nous savons que son origine remonte à une époque où une loi nouvelle qui semble s'y référer n'était pas encore en vigueur. La question que nous nous posons n'est pas de savoir ce que la situation créée sous l'empire de la loi ancienne permet ou ne permet pas de faire, quelles sont les facultés ou les réalisations possibles qu'elle offre. Ce que nous cherchons, c'est si cette situation existe, mais sans en tirer pour cela de conséquences quant aux effets actuels du contenu de cette situation.

Le fait qui actualise cette situation est restreint dans cette hypothèse à un lien avec l'existence ou la non-existence de cette situation. La recherche se limite ici à savoir si les conditions mises à la

(215 *bis*) Les trois derniers points se réfèrent à ce que nous avons appelé le fait présent complexe, c'est-à-dire supposant l'utilisation actuelle (c'est en cela qu'il est présent) de manifestations concrètes éventuellement localisables à l'époque de la loi ancienne (il est complexe comme appartenant à une situation existant dès avant la loi nouvelle). Le fait passé n'implique pas d'utilisation actuelle, il se réfère à une situation terminée avant l'application de la loi nouvelle; cf. *supra*, p. 158.

(216) SAVIGNY, VIII, notamment p. 503, oppose l'existence des droits à leur acquisition. Il attaquait le problème à partir de la théorie des droits acquis. Nous proposons en fait la même distinction quoique nous ayons pris le problème sous l'angle de la question posée de l'application d'une loi à un fait. Quand nous parlons de contenu de situation, nous recherchons si une situation permet bien l'exercice des droits, question qui, dans la terminologie de Savigny, tend à rechercher si ces droits existent, dans ce contenu. L'acquisition des droits, dans la terminologie de Savigny, et, toujours par référence à la même optique, correspond dans notre système à rechercher si une situation a été créée sous l'empire d'une loi, si elle existe.

création d'une situation ont été respectées. L'existence de cette situation impliquerait déjà un fait passé, puisque sa création a été la conséquence de la réalisation d'une virtualité offerte de la création de cette situation « possible » qui était insérée dans une autre situation dans laquelle se trouvaient les intéressés à cette faculté dont il a été fait usage. Mais la concrétisation de cette situation n'en a pas moins laissé subsister l'idée de l'existence de cette situation, et c'est dans la mesure où la question se pose à l'époque de la loi nouvelle que cette idée de l'existence de la situation se concrétise en un fait présent, mais dont on perçoit aisément les liens avec le passé.

On ne peut appliquer à ce fait présent d'autre loi que la loi appliquée à la création de cette situation, à moins de remettre en question par l'intermédiaire de l'idée d'existence, la concrétisation de la création de cette situation sous l'empire de la loi ancienne. Cette création ayant été soumise dans toutes ses conditions à la loi ancienne, on résoudra la question posée aux seules lumières de la loi ancienne. On voit ici réapparaître la justification tirée du principe de non-rétroactivité : si on applique ici la loi nouvelle, au lieu de la loi ancienne à laquelle ont été soumises les conditions d'existence de la situation juridique, on porte atteinte à ce qui s'est passé.

On n'a parlé jusqu'ici que de création de la situation juridique, mais la solution demeure la même s'il s'agit de l'extinction d'une situation sous l'empire de la loi ancienne, et dont l'idée concrétisée par la question posée à l'époque de la loi nouvelle se réfère à un fait actualisé sous l'empire de la loi ancienne et auquel il doit être soumis. Les conditions d'extinction d'une situation juridique relèvent donc de la loi en vigueur à ce moment-là. Au demeurant, le néant n'existe pas si l'on peut dire (217), le néant juridique encore moins : l'extinction d'une situation juridique n'est jamais rien d'autre que la création d'une nouvelle situation (218) ou selon la terminologie kelsénienne, qu'une modification de l'ordre juridique, d'une nature identique à la création d'une situation juridique.

105. — Tant donc sur la création d'une situation juridique que sur son extinction à l'époque de la loi ancienne, une loi nouvelle ne saurait agir sans encourir le grief d'être rétroactive.

C'est ainsi qu'une loi du 17 janvier 1948, instituant une allocation vieillesse pour les travailleurs non salariés, ne faisait aucune discrimination entre les artisans suivant leur nationalité. Une loi du

(217) Cf. BERGSON, *L'évolution créatrice*, pp. 277 et suiv., éd. P.U.F.

(218) Cf. sur tous ces points, ROUBIER, T. 1^{er}, pp. 381 et suiv., n° 43.

10 juillet 1952 a modifié la loi de 1948, en subordonnant, condition nouvelle, l'octroi de l'allocation vieillesse aux étrangers n'ayant jamais cotisé, à la signature de conventions internationales de réciprocité. La commission régionale d'appel de la Sécurité sociale de Paris a, dans une décision du 20 avril 1955 (219), estimé que le nouveau texte n'ayant pas de portée rétroactive, ne pouvait avoir pour résultat de léser « les droits acquis » (*sic*) sous l'empire de la loi ancienne (220).

Nous avons vu de même qu'avait été qualifiée de rétroactive la loi qui remettait en cause les conditions de régularité d'un contrat. Le décret-loi du 22 septembre 1953, dans son article 4, prévoit, en effet, que ne peuvent donner un fonds de commerce en location-gérance que les personnes ayant depuis plus de sept ans exploité une entreprise commerciale. Les tribunaux ont été obligés de reconnaître qu'en raison de la stipulation expresse de rétroactivité, il convenait d'appliquer « rétroactivement » aux rapports contractuels créés antérieurement les règles limitatives des contractants possibles prévues par l'article 4 (221). Le régime transitoire des lois nouvelles relatives aux sûretés est défini selon les mêmes principes. La section commerciale l'a rappelé récemment en énonçant « que les conditions d'existence d'un privilège sont déterminées par la loi en vigueur au jour de la naissance de la créance » (222). L'existence de la situation de créancier privilégié s'apprécie donc relativement à la loi qui a actualisé sa création. Une loi nouvelle créant ou modifiant une sûreté ne saurait donc s'appliquer aux créances nées antérieurement.

De même, la loi nouvelle est sans effet sur les conditions d'extinction d'une situation juridique, éteinte à l'époque de la loi ancienne. Un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1955 (223) observe dans ce sens qu'« ayant constaté que le propriétaire d'un immeuble sinistré qui a reconstruit un seul immeuble en remplacement de deux sur l'emplacement de l'immeuble acquis et a entrepris la construction du nouvel immeuble avant la promulgation de la loi du 2 août 1949, les juges du fond admettent à bon droit que les locataires du premier

(219) DS., 1956, 24 et *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.463 et article de M. FREYRIA, *eod. loc.*, p. 409.

(220) Cf. en dehors de toute question transitoire, à propos de la dation de conseil judiciaire, les effets constitutifs du jugement. Trib. civ. Seine, 9 nov. 1955, DS., 1956, S. 70; cf. *infra*, ce qui est dit des situations créées par un jugement, p. 186.

(221) Cf. notamment Cour d'appel de Montpellier, 15 fév. 1956, précité, DS., 1956.270, *Rev. trim. com.*, 1956.416, obs. JAUFFRET. On rappelle que cet effet rétroactif est désormais exclu par la loi du 20 mars 1956, qui, conformément à la règle de conflit, soumet les conditions de création du rapport contractuel à la loi ancienne.

(222) Cass. civ. com., 7 mai 1957, J.C.P., 1957.10152, note P.A.

(223) Cass. civ. com., 27 juin 1955, DS., 1955, S. 67, précité.

immeuble ont perdu le droit de report qui, sous l'empire de la loi du 28 juillet 1942 était subordonné à la reconstruction sur le même emplacement, la loi du 2 août 1949, à défaut de caractère rétroactif, n'ayant pu faire revivre un droit définitivement éteint. »

Un arrêt de la Cour d'appel de Nancy, illustre également cette solution : « Le locataire commerçant, titulaire d'un bail écrit et se trouvant encore sous l'empire de la loi du 30 juin 1926, qui n'en a pas demandé le renouvellement dans le délai légal, ne peut prétendre au bénéfice de la propriété commerciale, puisque c'est seulement le décret du 30 septembre 1953 qui a prévu la tacite reconduction, à défaut de congé, des baux faits par écrit; le seul fait du maintien dans les lieux après l'expiration du bail n'est pas de nature à relever le locataire de la déchéance encourue » (224).

106. — Nous avons pressenti que le moment de la création de la situation pouvait donner lieu à une détermination délicate. Tout d'abord, il faut prendre garde à ce que le fait présent ne soit pas lui-même un élément de la constitution de la situation dont il s'agit. Ceci se produit dans l'hypothèse du jugement constitutif d'une situation juridique dont l'état des personnes et la faillite fournissent les exemples les plus abondants (225). La loi applicable alors, compte tenu des effets particuliers que peuvent produire les autres faits constitutifs, est celle du fait dont la réalisation a conclu le cycle de formation de la situation, à création successive.

On peut concevoir également des situations qui ne font pas l'objet d'une création judiciaire encore que leur formation ne soit définitive qu'à la réunion d'éléments successifs. L'acquisition de la propriété ou l'extinction des obligations par voie de prescription en constituent un bon exemple. L'acquisition ou l'extinction ne seront ici réalisées que sous l'empire de la loi nouvelle qui déterminera leur efficacité définitive. On ne devra toutefois pas perdre de vue que, conformément à la réponse fournie précédemment (226), les éléments passés et actualisés à l'époque de la loi ancienne pourront avoir une certaine efficacité dans la mesure où les ignorer revient à les effacer du passé, ce qu'interdit l'article 2 du Code civil.

(224) Nancy, 9 nov. 1955, DS., 1956, S. 97. Pour un bail expiré avant la loi nouvelle accordant un droit au renouvellement au locataire commerçant, cf. Paris, 11 janv. 1958, *Rev. Loyers*, 1958, p. 276. Pour un brevet d'invention frappé de déchéance par application de la loi ancienne antérieure au décret du 30 sept. 1953, cf. Nîmes, 26 juin 1957, S., 1958.26.

(225) En droit privé cela demeure l'exception. En droit pénal, ce serait la règle. Cf. Thèse VITU, précitée, notamment pp. 76 et suiv.; cf. *contra, infra*, pp. 320 et suiv.

(226) Cf. *supra*, p. 181.

On sait comment on résout ici l'opposition entre l'application de la loi ancienne aux faits passés et l'application de la loi nouvelle à la constitution sous son empire d'une situation, dans la formation de laquelle entrent ces faits constitutifs soumis à la loi ancienne. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 avril 1955 vient encore de fournir une application de cette solution (227). Avant la loi du 18 août 1948 (incorporée à l'article 189 *bis* du C. Com.), les dettes commerciales étaient soumises à la prescription trentenaire du droit commun. La loi de 1948 a établi à leur encontre la prescription décennale. Si, au jour de la promulgation de la loi nouvelle, la prescription trentenaire n'était pas acquise pour une dette donnée, il y a lieu, décide la Cour, d'appliquer la prescription trentenaire pour la période antérieure, et la prescription décennale pour la période postérieure, à condition que la prescription ainsi calculée ne se réalise pas postérieurement à l'ancienne prescription trentenaire (228).

Le droit de la nationalité a donné parfois l'exemple d'une situation juridique dont l'acquisition s'échelonne sur une certaine durée. Tant que la dernière condition n'est pas réunie, il n'y a pas de situation de Français constituée, dans les conditions d'existence prévues aux textes anciens du Code civil qui régissaient la matière avant la promulgation du Code de 1945 (229). Toutefois, l'effet propre des élé-

(227) Cour d'appel de Paris, 19 avril 1955, DS., 1956, S. 26 ; cf. également Cass. civ., 9 juillet 1934, DH., 1934.524 ; Cass. req., 18 mai 1942, DA., 1942.119 ; Cass. com., 17 mars 1952, D., 1952.359, note DESBOIS, DP., 1937.241.

(228) Cf. en ce sens note Cass. civ., 9 juillet 1934, DH., 1934.524 ; Cass. req., 18 mai 1942, DA., 1842.119 ; Cass. civ. com., 17 mars 1952, D., 1952.359, note DESBOIS. On sait qu'antérieurement une opinion longtemps accréditée en jurisprudence recherchait la solution dans la disposition transitoire de l'article 2281. Cf. pour une critique de cette solution ROUBIER, T. 1^{er}, p. 216. Parmi l'ancienne jurisprudence, on citera comme particulièrement caractéristique : Cass. Req., 15 déc. 1825, D. Rep. V^o obligations, n^o 2.953, 1^o, Pau, 4 fév. 1930, S., 30.2.202. Cf. également sur cette question, notes DESBOIS, au D.P., 1937.241 ; LALOU, D.P., 1932.2.150 (à propos de la loi du 13 juillet 1930 sur les assurances) ; BOULUD, S., 1939.2.33 (même sujet) et BASTIAN, J.C.P., 1943.2109 (DL., 31 août 1937, en matière de responsabilité des administrateurs de sociétés par actions). On rappellera dans le sens de la solution présente la citation faite par SAVIGNY, p. 424 (T. VIII) à propos de la loi d'introduction du Code prussien de 1794 au § 17 : « Si néanmoins pour l'accomplissement d'une prescription commencée avant le 1^{er} juin 1794, le nouveau code fixait un délai plus court que les anciennes lois, celui qui voudrait exciper de ce délai plus court ne pourrait le compter qu'à partir du 1^{er} juin 1794. »

Exemples : 1^o Avant la loi nouvelle, délai écoulé : 8 ans ; application de la prescription décennale à partir de la loi nouvelle, soit en tout : 18 ans ; 2^o Avant la loi nouvelle, délai écoulé : 25 ans ; application du nouveau délai de prescription, sans que le total puisse dépasser 30 ans ; reste donc à courir depuis la loi nouvelle : 5 ans.

(229) Cass. civ., 20 fév. 1951, *Rev. D.I.P.*, 1953.565 ; C. appel Paris, 5 nov. 1955, *Rev. crit.*, *D.I.P.*, 1956.43, obs. p. 313 et la note de M. AYMOND au J.C.P., 1956, II.9065.

ments anciens de l'acquisition de la nationalité demeure, en ce sens que s'ils ont été anéantis par l'effet de la loi ancienne, la loi nouvelle qui régit le dernier des éléments constitutifs est impuissante, sans rétroactivité, à rendre efficace les faits passés (230).

107. — Il importe de ne pas confondre l'existence d'une situation juridique avec son contenu. Une telle confusion a été fréquemment commise chaque fois que l'existence d'une situation juridique ne présentait d'efficacité qu'à l'occasion d'un événement postérieur et étranger aux conditions de la création. C'est ainsi que pour le testament, on considérerait que son efficacité ne datant que de la mort du « de cujus » et celui-ci pouvant toujours le révoquer, la loi applicable aux conditions du testament devait être celle de l'ouverture de la succession, comme si la mort avait conféré au testament l'ultime perfection (231). En vérité, il y avait là une confusion depuis longtemps dénoncée entre les conditions d'existence du testament qui devaient être appréciées en regard de la loi en vigueur au moment où il avait été rédigé, et le contenu d'une situation née de la dévolution testamentaire (232).

108. — Enfin, la création d'une situation juridique soulève le problème des situations entièrement nouvelles. La loi nouvelle ne se contente pas ici de compléter ou de modifier un certain genre de situation. Elle crée un type nouveau. Toutefois, cette situation n'est pas créée *ex nihilo*, elle s'appuie soit sur d'autres types juridiques de situation, soit sur des éléments de faits dont l'ensemble n'avait pas, jusqu'à ce jour, reçu la consécration juridique. Mais de tels faits s'étant déroulés antérieurement à la loi nouvelle, n'ont pu recevoir au moment de leur survenance, la qualification qui constitue la situation juridique d'un type nouveau. On peut se demander alors si ces faits antérieurs peuvent être retenus à l'époque de la loi nouvelle comme élément constitutif d'une situation d'un genre inédit et ce sans rétroactivité. Par exemple, une loi reconnaît la filiation natu-

(230) Cf. *ib.*, Cass. civ., 26 janv. 1953, J.C.P., 1954.II.8087, note AYMOND ; à propos de la nationalité de la femme mariée.

(231) Sauf toutefois pour la reconnaissance d'un enfant naturel par testament authentique, dont le caractère matériel d'aveu irrévocable l'emporte sur le caractère formel de révocabilité du testament.

(232) Cf. déjà BALDE, cité par MAILHER de CHASSAT, T. II, p. 3. Ce qui n'exclut d'ailleurs pas que l'existence de la situation du légataire, mise à part, la validité du testament ne doive s'apprécier conformément à la loi du temps de l'ouverture de la succession. Cf. C. d'appel Colmar, 31 juillet 1823, S., Chron. 2. C'est la loi contemporaine du testament qui détermine néanmoins la capacité du testateur.

relle, l'ancien état du droit se refusant à admettre un lien de filiation hors de la famille légitime. Un individu né hors mariage avant cette loi pourra-t-il faire reconnaître sa filiation, bien que les faits constitutifs et originaires se localisent sous l'empire de la loi ancienne ? La réponse sera affirmative et fournie par un rappel du critère de l'actualisation.

La situation d'enfant non issu d'un mariage légitime, encore que son origine relève de faits localisables, est un état de fait continu que la loi nouvelle est apte à régir. Il ne viendrait à l'idée de personne qu'une loi nouvelle relative au régime de la propriété ne doive s'appliquer qu'aux terres abandonnées et aux îles désertes. Le problème est ici le même, l'état de fait continu se localise naturellement par la rencontre avec l'utilisation voulue de la loi nouvelle (233).

Imaginons à présent qu'un fait de l'homme ait été impuissant à créer une responsabilité sous l'empire d'une loi antérieure. La loi nouvelle ne peut atteindre ce fait générateur d'effets juridiques à l'époque ancienne. Prétendre le contraire serait attacher à un fait passé des conséquences ignorées par l'ancien état du droit, ce qui constitue l'hypothèse la plus élémentaire de la rétroactivité. Un tel fait ne peut être retenu à l'époque de la loi nouvelle pour donner naissance à une responsabilité délictuelle, ce que nous savions déjà. Mais si ce fait se prolonge de sorte à créer une situation de fait domageable, il va de soi qu'elle se localise sous l'empire de la loi nouvelle dès qu'elle entre en contact avec le nouvel état du droit. C'est ainsi que la situation née d'une exploitation industrielle nocive en considérant qu'elle n'était pas génératrice de responsabilité sous l'empire de la loi ancienne, le deviendra dès la loi nouvelle, car cette situation est continue, permanente, donc localisée à titre d'état de fait par la rencontre avec la législation nouvelle (234).

109. — Certaines situations, dont le type n'est pas nouveau ont pu voir néanmoins leurs conditions d'existence modifiées.

Si une situation de ce genre est créée sous l'empire de la loi ancienne, la loi nouvelle ne peut donc sans rétroactivité, comme nous

(233) On arriverait au même résultat, en considérant non plus la création de la situation nouvelle d'enfant naturel, mais la situation de filiation existant antérieurement à la loi nouvelle et dont le contenu est soumis à celle-ci. Cf. *infra*, p. 201.

(234) Un raisonnement analogue conduit à l'application des lois prescrivant des mesures de sûreté contre les individus présentant un état dangereux, dès lors que c'est la situation dangereuse existant lors de la loi nouvelle qui est retenue comme condition légale de l'application de la mesure et non tel fait constitutif, localisé sous l'empire de la loi ancienne. Cf. STEFANI et LEVASSEUR, *Précis de droit pénal*, n° 494. Cf. *infra*, pp. 319 et suiv.

l'avons vu, remettre en cause l'existence de cette situation (235). En revanche, si cette situation est créée à l'époque de la loi nouvelle, elle est soumise aux conditions d'existence exigées par la norme en vigueur. Cette solution doit être maintenue quand bien même les conditions posées par la loi nouvelle exigeraient la réunion de faits qui, localisés sous l'empire de la loi ancienne, ne comportaient pas de telles conséquences en regard de la création de la situation considérée.

Ainsi la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions industrielles et commerciales est applicable aux commerçants qui entreprennent, postérieurement à cette loi, une activité commerciale, s'ils ont encouru, même avant la mise en vigueur de la loi, les condamnations ou sanctions prévues par elle (236). La création d'une situation est soumise en effet à la loi en vigueur. Néanmoins, il semblerait que, dans la mesure où la création de cette situation exige la réunion de conditions découlant de faits antérieurs à la loi nouvelle, on porte sur ceux-ci une qualification que ne comportait pas la loi contemporaine de leur survenance. On pourrait croire, en effet, qu'à des faits retenus et sanctionnés sous l'empire de la loi ancienne, on rattache des conséquences quasi répressives qu'ils n'entraînaient pas à l'origine. Cette opinion prêterait en réalité à la solution de la Cour de cassation, une confusion dans l'actualisation qu'elle s'est bien gardée de commettre (237).

Il s'agit avant tout de création d'une situation juridique qui ne fait appel à la réunion de certains faits en vue de son existence, que depuis la loi nouvelle. Les faits incriminés n'entrent en considération que depuis la loi nouvelle : ils n'ont donc pu faire l'objet d'une localisation, en regard de la création d'une situation juridique, puisque sous l'empire de la loi ancienne, ils n'entraient pas en ligne de compte dans la constitution de cette situation. Leur localisation, en tant qu'éléments constitutifs (à titre négatif d'ailleurs), d'une situation juridique, n'a été réalisée que lors de la mise en vigueur de la loi nouvelle. Sous l'angle de la création d'une situation juridique, ils n'avaient qu'une existence de pur fait non localisé juridiquement. La loi nouvelle les transforme en faits juridiques en en faisant les

(235) Cf. par exemple le décret-loi du 22 septembre 1953 sur la « gérance libre ».

(236) Cf. note Cass. civ., 18 janv. 1950, *Rev. trim. droit com.*, 1950.204, obs. JAUFFRET; Cass. crim., 30 oct. 1956, D., 1956.721, *Rev. trim. droit com.*, 1957.93, obs. JAUFFRET; Cass. crim., 3 oct. 1956, *Rev. trim. droit com.*, 1957.211, obs. BOUZAT, D., 1956.721.

(237) Cf. pourtant obs. BOUZAT, *Rev. trim. droit com.*, 1957.211, où le commentateur parle d'une rétroactivité souhaitable de la loi de 1947. Approuvée ou critiquée, l'application de la loi de 1947 n'est pas rétroactive.

constituants d'une situation nouvelle, les révélateurs d'un état dangereux. Ils auraient fait l'objet *expost facto*, d'une localisation en regard de la constitution de la situation, si l'individu qu'ils incriminent avait commencé l'exercice de la profession protégée sous l'empire de la loi ancienne, auquel cas, la loi nouvelle n'aurait pu remettre en question sans rétroactivité la situation valablement créée lors de l'application de la loi ancienne. Le non-exercice de son droit par l'individu condamné révèle une absence de localisation des faits constitutifs, considérés sous le seul angle de la création d'une certaine situation juridique. La confusion que l'analyse doit permettre d'éviter, portait sur une prétendue localisation d'un fait, élément constitutif d'une tout autre situation, celle née de la qualification pénale d'un comportement antérieur. Dans la mesure où la conduite, réprimée du point de vue pénal, ne se confond pas à l'époque de la loi ancienne, chez un même individu, avec la conduite tendant à la création d'une autre situation juridique, il n'y a pas lieu de rattacher les faits constitutifs, localisés par l'utilisation de la virtualité de la création de la situation à l'époque de la loi nouvelle, à la situation répressive distincte.

Cette solution peut d'ailleurs être vérifiée si nous considérons l'exercice de l'activité commerciale, non plus sous l'angle de la création d'une situation, mais sous celui d'un contenu d'une situation intéressant le régime juridique d'une profession. On verra ultérieurement que le contenu d'une telle situation est soumis à la loi ancienne s'il s'agit d'éléments ayant fait l'objet d'une actualisation à son époque, ou à la loi nouvelle au cas contraire.

Si, dans la situation juridique d'un individu qui désire se livrer à une activité commerciale, il n'y a pas eu concrétisation, à l'époque de la loi ancienne, de la possibilité qui lui était offerte, l'exercice de la profession à l'époque de la loi nouvelle est soumise à ces conditions. Ici, la loi nouvelle exige pour que soit constituée une situation de commerçant, l'absence d'un état de fait à l'époque de la loi nouvelle, suscitant une certaine méfiance en raison des dangers qu'il présente pour l'ensemble de la profession. La loi nouvelle tient compte pour admettre la création de la situation de commerçant, de tous les éléments existant au moment où la question se pose de la détermination d'un état dangereux, incompatible avec l'exercice de la profession considérée.

Un tout autre point de vue doit être adopté lorsqu'il s'agit de rechercher si le décret du 9 août 1953 permet la condamnation des gérants d'une Société à responsabilité limitée au paiement de l'insuffisance d'actif pour des faits antérieurs à sa publication. Ici, ce n'est pas l'état de fait constitué par l'incurie ou la malhonnêteté des gérants qui est pris en considération pour créer la situation nouvelle

d' « obligés au passif social », mais des faits déterminés et précis, survenus à l'époque de la loi ancienne et qui ne peuvent, pour cette raison, avoir contribué à créer une situation juridique qu'ignorait le régime antérieur.

110. — Nous préciserons encore la notion d'actualisation dans ses rapports avec la création d'une situation juridique en examinant deux hypothèses encore plus complexes.

Si une loi nouvelle institue le divorce, elle saisit toutes les situations d'époux qui, en regard de la loi nouvelle, ne peuvent pas avoir, par hypothèse, d'actualisation d'un fait de nature à empêcher le divorce sous l'empire de la loi ancienne, puisque la question ne se posait pas à cette époque. On n'en pourra pas davantage tirer d'un fait antérieur à la loi nouvelle une cause de divorce, puisque le fait localisé à l'époque de la loi ancienne n'a pu produire l'effet voulu par la loi nouvelle. Mais si la cause du divorce n'est plus un fait isolé, mais l'ensemble d'une situation rendant impossible le maintien du lien conjugal, la loi nouvelle qui en fait le critère nouveau de la dissolution, saisit cette situation telle qu'elle se présente, quand bien même se serait-elle éventuellement manifestée par des faits situés sous la loi ancienne. Cette solution permet d'ailleurs de mettre l'accent sur la notion de divorce-remède par opposition à la notion de divorce-sanction : elle doit être appliquée même aux causes péremptoires du divorce, dont le seul effet est, par rapport aux causes facultatives, de dispenser de faire la preuve de la nécessité d'un remède.

Pour déterminer le moment de la création d'une situation juridique, il importe donc de rechercher quelles sont les conditions mises par la loi nouvelle à la création de cette situation : dans l'exemple du divorce demandé pour injure grave, la condition légale de la dissolution du mariage n'est pas tant le fait de l'injure que son résultat qui est la création d'un état de fait rendant éventuellement impossible la vie commune. Cet état de fait, il existe lors de la loi nouvelle, et il doit être permis dès lors de l'utiliser en vue de constituer la situation juridique nouvelle (238). C'est ainsi que tout état de fait prolongé dans la durée encore que sa naissance soit marquée

(238) Cf. *contra* : RIPERT et BOULANGER, T. I^{er}, p. 135, n° 298, en ce sens ROUBIER, T. II, pp. 324 et suiv., qui oppose la cause tirée d'un fait isolé à celle fondée sur un état de fait continu. (Cass. 12 fév. 1806, S. Chron., 5 ; C. appel Nancy, 12 nov. 1884, D., 86.231 ; Pau, 28 mars 1887, D., 87.2.248.) Sans controverse au contraire : la loi abolissant le divorce s'applique aux causes justifiées par le droit antérieur.

dans le passé par un fait caractéristique sera soumis en raison de sa localisation, à la loi nouvelle.

Si une loi supprime une cause de divorce, pourra-t-on tirer d'événements de nature à le provoquer, qui se sont déroulés à l'époque de la loi ancienne, une actualisation de nature à permettre l'instance à l'époque de la loi nouvelle ? Non, car l'actualisation se fait ici au moment où la possibilité de l'introduction de la demande née de ces événements est concrétisée par l'usage juridique que l'intéressé entend en faire à l'époque de la loi nouvelle. Or, la loi nouvelle n'admet plus cette cause de divorce et le demandeur sera débouté car la condition légale qu'il entendait faire valoir n'a plus cette valeur au moment où il veut s'en prévaloir. L'actualisation est ici tardive (239).

De même une loi qui créerait ou supprimerait la prescription extinctive serait de nature à soulever les mêmes difficultés.

On a vu que les prescriptions révèlent des situations en cours de constitution dont les éléments non encore réalisés sont soumis à la loi nouvelle, tels le délai, les causes d'interruption ou de suspension. On pensera ici à l'hypothèse d'une loi qui supprime la prescription ou la crée, c'est-à-dire confère à des dettes la qualité d'imprescriptibles ou de prescriptibles. On prendra ici l'exemple d'une dette d'origine contractuelle qui relève d'un rattachement particulier qui retirera toute équivoque à l'exemple choisi.

Si une loi nouvelle supprime la prescription, il y a atteinte non à un délai pour agir sous peine de déchéance (240), mais au fond du droit antérieur prescriptible selon la loi ancienne qui, s'il est né d'un contrat, reste soumis à la loi d'origine qui prévoyait une prescription. Au contraire, si une loi nouvelle établit une prescription à l'encontre de dettes contractuelles antérieurement imprescriptibles, elle crée une déchéance à l'exercice de l'action née de cette dette. Donc, si une loi supprime une prescription, elle est considérée comme faisant disparaître une cause d'extinction d'une dette antérieure. La loi qui crée une prescription établit un délai à l'exercice d'une action et est donc applicable aux dettes antérieures imprescriptibles, conformément à la loi en vigueur lors du contrat.

En effet, et nous marquons ici la liaison entre l'actualisation et la notion de fait créateur d'une situation juridique donnée, la prescriptibilité d'un droit est un fait positif qui concrétise une qualité localisable à l'époque de la loi ancienne et qui se manifeste sous la forme d'une cause d'extinction. L'imprescriptibilité, au contraire, ne

(239) Cf. Turin, 21 floréal an XII, S., Chron.

(240) Condition d'exercice d'un droit, donc soumis à la loi de survenance; cf. *infra*, n° 115, p. 200.

se définit que par rapport à son contraire positif, c'est-à-dire par rapport à une prescriptibilité qui n'existe pas sous une forme concrète, mais à titre d'hypothèse, donc non localisée sous l'empire de la loi ancienne.

Dans ces hypothèses où la détermination des éléments localisateurs de l'origine d'une situation juridique s'est avérée délicate, il a été nécessaire de procéder à une analyse juridique des situations. Pour l'assainissement des professions commerciales, on s'est demandé si l'interdiction d'exercer était une peine ou une mesure de sûreté, pour le divorce, s'il était une sanction ou un remède, pour une prescription, s'il s'agissait du fond du droit ou d'un mode d'exercice de ce droit. Pour déterminer la loi applicable à la création d'une situation juridique, le recours à la méthode des qualifications reste exceptionnel. On verra par la suite que ce processus peut devenir la règle, lorsque s'agissant du contenu d'une situation en cours, la détermination de la survenance du fait localisateur n'est plus réalisable. Pour un fait susceptible de plusieurs rattachements, le recours à la qualification est nécessaire. Ce recours demeure exceptionnel ici, tant la création d'une situation est le plus souvent susceptible d'être fixée sur le cours de la durée.

L'analyse de la situation juridique sous l'angle de sa création permet donc de vérifier la valeur du critère de la localisation dans le temps, ou actualisation, et de définir son régime transitoire : les éléments constitutifs d'une situation juridique ne peuvent s'apprécier, à peine de rétroactivité, que conformément à la loi en vigueur lors de la création d'une situation.

B. — CONTENU DE LA SITUATION JURIDIQUE

III. — Toute question transitoire relative à un fait présent dont l'actualisation est liée au contenu d'une situation juridique antérieure se doit d'être envisagée sous deux aspects.

On recherchera si ce fait présent pose l'existence dans le passé d'un élément du contenu qui s'est trouvé concrétisé à l'époque de la loi ancienne et dans les termes définis par celle-ci. Si la réponse est négative, le fait présent se réfère bien au contenu d'une situation, mais il ne tend pas à faire reconnaître l'existence d'un élément du contenu actualisé sous l'empire de la loi ancienne : la question qui se présente est de savoir si la concrétisation directe d'un élément du contenu auquel doit tendre ce fait dépend de la loi ancienne ou de la loi nouvelle. Dans cette dernière hypothèse, c'est la question de la réalisation même d'une virtualité du contenu qu'il faut envisager. On aura éventuellement à étudier si telles ont été les consé-

quences de la loi nouvelle, si ce contenu possible est toujours réalisable, si la loi nouvelle qui en a exclu l'éventualité à l'égard des situations nées sous son empire sera appliquée aux situations antérieurement créées ou si, au contraire, l'actualisation du possible sera maintenue conformément à la loi ancienne.

Pour poser la question dans des termes plus habituels, mais à notre sens moins corrects, il faudra savoir quelle loi il conviendra d'appliquer aux effets de la situation déjà réalisée sous l'empire de la loi ancienne, et aux effets de la situation à réaliser sous l'empire de la loi nouvelle. Ce sont ces deux aspects qui seront successivement étudiés.

*1° Le fait présent se rattache à un élément du contenu
sous l'empire de la loi ancienne*

112. — Eclairons cette hypothèse par un exemple pratique : la question se pose actuellement de la consistance d'une succession ouverte sous l'empire de la loi ancienne. Il s'agit bien là du contenu d'une situation, celle d'héritiers, actualisée par la réalisation d'une transmission du patrimoine du défunt (241). La solution ne fait pas de doute, on ne pourrait sans rétroactivité remettre en question, par l'application de la loi nouvelle à ce fait rattaché à un élément concrétisé de la situation, autre fait actualisé à un moment où la loi nouvelle n'était pas encore applicable. On proposera cet autre exemple : on sait que la loi du 11 mars 1957 a décidé de l'incorporation « des produits pécuniaires » nés de l'exploitation d'œuvres littéraires ou artistiques dans l'ensemble mobilier du régime matrimonial, conformément à la jurisprudence antérieure, mais uniquement lorsqu'ils ont été acquis pendant le mariage : c'est là où est l'innovation, d'exclure désormais de la composition mobilière de la communauté légale, les profits lorsqu'ils ont été réalisés avant le mariage (art. 25, al. 2). L'alinéa 3 faisant une exacte application de la règle de conflit décide que les dispositions de l'alinéa 2 ne s'appliqueront pas aux situations matrimoniales issues d'un mariage célébré antérieurement. En effet, sous l'empire de la loi ancienne, les règles relatives à la composition de la communauté, supposerait compris dans les biens communs, les produits mobiliers résultant de l'activité intellectuelle acquis avant

(241) La circonstance que la réalisation d'une partie du contenu soit survenue simultanément avec la création de la situation ne doit pas conduire à confondre la création de la situation d'héritier qui est l'ouverture de la succession, concrétisant d'ailleurs une possibilité offerte par la situation juridique familiale de l'héritier, avec les virtualités que contient cette situation d'héritier, dont une se trouve réalisée dès la réunion des conditions d'existence de la situation.

le mariage. Le contenu de la situation a donc été actualisé à l'époque de la loi ancienne, en ce que par le seul fait localisateur du mariage, une destination concrète a été donnée à tel bien des patrimoines des époux. La loi nouvelle ne saurait modifier le contenu actualisé sous l'empire de la loi ancienne (242).

L'explication ressort toujours de l'interprétation du principe de non-rétroactivité. Appliquer la loi nouvelle à un tel fait reviendrait à modifier pour l'époque où ils se sont passés des faits antérieurs à la loi nouvelle, ce serait supposer connue à une époque, où il n'en était pas encore question, une vérité juridique.

C'est ce qu'exprime la jurisprudence dans une formule souvent identique : « Considérant qu'une loi nouvelle ne saurait, sans avoir effet rétroactif, régir ni les opérations juridiques ayant antérieurement donné naissance à un droit subjectif, ni les effets passés de droits précédemment établies » (243).

Participant de même au contenu du droit localisé sous l'empire de la loi ancienne, les présomptions légales, par rapport à certains autres modes de preuve qui constituent des modes présents de l'exercice des droits, sont soumises à la loi ancienne : « Attendu que si les lois relatives à l'administration de la preuve, lisons-nous dans un arrêt de la Cour de Lyon (244), lesquelles ne font que diriger l'activité du juge dans un procès dont elles impliquent l'existence, sont dotées d'un effet immédiat, il en est autrement des lois établissant des présomptions légales, celles-ci dérivant d'un fait ou d'un acte et produisant leur effet au moment où ils sont accomplis; que de telles lois touchent en réalité au fond du droit et que l'article 2 s'oppose... à ce que leur application trouve sa source dans des faits ou actes antérieurs à sa promulgation » (245).

Si une loi nouvelle restreint une capacité, les actes faits avant sa promulgation et portant réalisation des facultés qu'offrait l'ancien état du droit, ne sont pas remis en cause (246).

(242) Cf. sur ces points : DESBOIS, *Chronique in Rev. trim. droit com.*, 1957.384.

(243) C. appel Paris, 15 juin 1956, S., 1956.67, précité, même formule dans C. appel Paris, 16 fév. 1956, DS., 1956.204.

(244) C. appel Lyon, 7 nov. 1955, précité. J.C.P., 1956.II.9170, note BASTIAN, *Rev. trim. droit com.*, 1956.323, obs. HOUIN; DS., 1956.359, note GERVESIE.

(245) Cf. *supra*, section III, § 2; cf. arrêt C. appel Montpellier, 3 janv. 1956, DS., 1956.186, mais pour une fin de non-recevoir résultant de l'examen des sangs, c'est-à-dire le fait présent sans rapport avec le passé; il ne s'agit plus d'appréciation d'un fait passé à l'époque ancienne.

(246) La capacité étant très souvent une des conditions nécessaires de la création d'une situation, on voit comment la considération du contenu d'une situation antérieure entre en jeu dans l'appréciation à l'époque de la loi ancienne de la création d'une situation.

113. — C'est à ce niveau de notre analyse que peut être résolu le problème du régime transitoire de la responsabilité délictuelle (247). La question de la réparation du dommage est soulevée à l'époque de la loi nouvelle, mais l'actualisation que constitue la mise en œuvre de la règle générale de la réparation se rattache à un fait concrétisé par hypothèse à l'époque de la loi ancienne, le dommage, l'un des faits générateurs de la responsabilité.

La loi compétente est la loi en vigueur à l'époque où le fait générateur de responsabilité s'est produit. En effet, l'application de la loi nouvelle à la demande en réparation conduirait à modifier les effets juridiques attachés à un comportement que la loi en vigueur, au moment où il se déroule, qualifie ou ne qualifie pas d'illicite (248).

C'est à la loi du jour de la commission du dommage qu'il faut donc demander si le fait a été de nature à engendrer une obligation (question d'existence) (249), à la charge de qui et au profit de qui (question de contenu) l'obligation est née, quelle est l'étendue du dommage et comment il devait être évalué (250) (également question de contenu).

Le moment du dommage est donc le critère de rattachement qui doit être retenu pour la solution du conflit.

Deux précisions doivent être toutefois apportées. Elles intéressent les hypothèses particulières où le dommage s'étend sur une certaine durée, est donc « plurilocalisé » d'une part, où la faute est localisée dans le temps à un moment autre que celui du dommage d'autre part.

En ce qui concerne la situation dommageable, il faut considérer la nature du lien qui unit les faits dommageables produits (251). S'ils se ramènent tous à un comportement unique, dont le premier fait a été la manifestation primordiale, la loi applicable est la loi en vigueur au moment où le dommage est apparu. Au cas contraire, il y aurait lieu à une « ventilation » entre les différents régimes de responsabilité concomitants aux dommages produits. Et ceci nous permettra de dégager la notion d'un comportement fautif ou anormal, selon les

(247) Cf. ROUBIER, II, n° 76, pp. 4 et suiv.

(248) Cf. en ce sens ROUBIER, T. II, p. 4 et déjà MAILHER de CHASSAT, T. II, p. 283; comp. WAHL, note sous Cour d'appel, Douai, 9 août 1905, S., 1907.2.217.

(249) Cf. *supra*, p. 188.

(250) L'évaluation du dommage relève de la loi de fond et non de la loi de procédure. On comparera avec la solution identique donnée en droit international privé où la loi applicable à l'évaluation des dommages-intérêts est celle régissant au fond la responsabilité civile et non la *lex fori*, Cour d'appel U.S. (circuit du district de Columbia), 8 fév. 1955, *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.467, obs. Y. LOUSSOUARN et J. DAINOW.

(251) Cf. *supra*, 189 et suiv. ; hypothèses déjà étudiées à propos de la création de la situation.

systèmes, qui doit fournir la réponse à la deuxième difficulté. Le dommage n'est qu'un critère de rattachement valable seulement dans la mesure où il y a coïncidence entre le moment du dommage et celui du comportement humain qui l'a provoqué. Si ce dernier est connu objectivement et distinctement du dommage au point de s'actualiser à un moment de la durée antérieur à celui du dommage, c'est la loi en vigueur à ce moment de la faute qui est compétente (252).

C'est ainsi que s'explique pour un dommage causé après le décret du 9 août 1953, que la présomption de responsabilité qui pèse à l'encontre du gérant d'une S.A.R.L. ne saurait s'étendre à la période antérieure à la loi nouvelle (253).

Mais dès lors que le fait générateur de la responsabilité ne s'actualise en aucune façon sous l'empire de la législation antérieure, il y a lieu à l'application de la loi nouvelle, car il s'agit d'une situation dont aucun élément du contenu n'a fait l'objet d'une concrétisation dans le temps à l'époque de la loi ancienne.

*2° Le fait présent se rattache à un élément du contenu
qui n'a jamais fait l'objet d'une concrétisation sous l'empire de la loi
ancienne*

114. — Deux rattachements sont toujours à envisager à la loi ancienne ou à la loi nouvelle. Dans les cas précédents, la solution

(252) L'analogie avec le droit international privé est encore ici très fructueuse, lorsqu'on constate la préférence donnée à la loi du territoire où s'est produit la faute. Cf. Cour d'appel U.S. précité : « S'agissant de l'action en dommages-intérêts intentée contre les Etats-Unis par les ayants cause de la victime d'un accident d'avion imputable à la faute du préposé à la tour de contrôle, située dans l'Etat de Virginie, d'un terrain d'aviation situé en territoire fédéral, et alors que l'accident s'est produit sur ce terrain, la loi applicable est celle de l'Etat de Virginie qui limite la réparation à 15.000 \$ et non la loi fédérale qui ne présente aucune limitation. » Comparer toutefois avec Cour d'appel Paris, 18 oct. 1955, *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.484, obs. H.B.

(253) C. appel Lyon, 7 nov. 1955, J.C.P., 1956.II.9170, note BASTIAN, *Rev. trim. droit com.*, 1956.325, obs. HOUIN. En ce qui concerne les obligations qui ne naissent pas d'un délit, mais d'une situation dont le contenu est soumis à la loi nouvelle, la loi compétente pour apprécier le contenu de l'obligation est la loi qui régit la situation générale quand bien même la cause de l'obligation remonterait à l'époque de la loi ancienne. C'est ainsi que l'obligation alimentaire suit la loi de la situation qui en conditionne l'application, même si cette situation est née sous l'empire de la loi ancienne, dès lors que la loi nouvelle s'applique au contenu de cette situation conformément à la règle de conflit. Cf. ROUBIER, T. II, n° 76, p. 9. Ceci rejoint ce que nous disions plus haut à propos de la création de situation nouvelle non en fonction d'un fait antérieur et passé mais par qualification nouvelle donnée à une situation de fait commencée sous l'empire de la loi ancienne et née à la vie juridique par l'effet de la loi nouvelle (cf. *infra*, C. appel Rennes, 2 juillet 1957, *Rev. trim. droit com.*, 1958.723, obs. HOUIN).

était plus simple, car l'action sur le passé de la loi nouvelle était caractérisée par une atteinte à un fait actualisé au moment de la loi ancienne, auquel se rattachait le fait présent. Ici, il n'y a pas eu de concrétisation du contenu de la situation, mais dans la mesure où ce fait ne se présente pas comme isolé et ne crée pas une situation indépendante, auquel cas il est soumis à la loi nouvelle, on ne peut s'empêcher de le considérer dans le cadre de la situation dans laquelle il s'insère (254).

Par exemple, un individu se trouve dans la situation de propriétaire à l'égard d'un bien qu'il a acquis à l'époque d'une législation qui n'imposait pas de limitation à la liberté de lotir. Une telle loi intervient alors, et le propriétaire qui se propose de lotir son fonds va se demander quelle loi sera applicable, compte tenu de son intention de lotir, existant dès son acquisition à l'époque de la loi ancienne.

Autre exemple : deux particuliers contractent sous l'empire d'une loi donnée. Ils prévoient dans la convention un certain nombre d'obligations précises qui sont autant de concrétisations d'une possibilité qui leur est offerte, dès lors qu'ils se sont mis régulièrement dans la situation contractuelle. Mais il est inconcevable que tout le contenu du contrat ait été concrétisé par l'insertion de stipulations particulières. Les contractants auront pu, notamment, négliger d'envisager les causes de résolution du contrat. A l'époque d'une loi nouvelle, à quelle loi devront-ils s'adresser pour connaître les conditions et les causes de résolution de leur convention ? A la loi ancienne, qui régit le contenu actualisé du contrat, à la loi nouvelle qui est contemporaine du fait présent, élément du contenu non encore actualisé du contrat ?

Autre exemple : deux époux sont mariés sous une loi qui délimite d'une certaine manière la capacité de la femme mariée. Si une loi nouvelle intervient modifiant les conditions et les effets de la capacité de la femme mariée, la capacité de la femme mariée antérieurement concourant à un acte localisé au moment de la loi nouvelle, sera-t-elle appréciée en fonction de la loi nouvelle ou de la loi qui a régi la situation matrimoniale à ses débuts ?

Dans un dernier exemple, enfin, imaginons que ces deux époux aient eu à l'époque de la loi ancienne, la possibilité de restreindre la capacité de l'un d'eux par voie de convention matrimoniale. Supposons ensuite qu'une loi nouvelle fasse disparaître cette possibilité : l'utilisation à l'époque de la loi nouvelle de sa capacité de contracter par la femme mariée, s'appréciera-t-elle d'après la loi nouvelle ou d'après la loi ancienne ?

(254) Cf. BERGSON, « Chacun de nos actes vise une certaine insertion de notre volonté dans la réalité », *Evolution créatrice*, p. 306.

Dans ces quatre cas, nous voyons donc surgir l'éventualité de deux rattachements : un rattachement direct, immédiat, du fait de la loi nouvelle, nonobstant son inclusion dans une situation antérieure, un rattachement médiat à la loi qui a régi jusqu'à présent le contenu de la situation, nonobstant l'actualisation de ce contenu dans ce fait même, analysé à l'époque de la loi nouvelle.

En raison de cette alternative, on peut considérer ici que la notion de rétroactivité devient imprécise, confuse, quoiqu'elle ne soit pas étrangère à la solution, puisque ce sera parce que la loi nouvelle reviendrait à agir sur le passé si on l'appliquait, qu'on opérerait éventuellement pour l'application de la loi ancienne. Et c'est précisément cette crainte qui nous interdit de proposer sans mûre réflexion l'application de la loi de l'actualisation immédiate.

Nous retrouvons ici cette difficulté rencontrée en droit international privé où, pour les conséquences de l'état d'une personne ou les effets d'un contrat, on hésite entre la loi où ils se produisent et la loi qui a régi antérieurement ou simultanément en d'autres endroits le même état ou le même contrat.

Une analyse nouvelle doit donc être faite qui pourra conduire à constater que l'actualisation apparente ne rend pas compte de la localisation véritable du rapport de droit. En effet, le point de départ de la méthode de la localisation doit se rechercher dans le principe de non-rétroactivité. Dans la mesure où le concept de rétroactivité ne peut plus être défini avec précision, en raison des rattachements multiples dont est justifiable l'élément d'une situation juridique déterminée, il faut poursuivre l'analyse du rapport considéré, toujours à l'aide de l'idée d'actualisation, et trouver dans la durée un point de rattachement indiscutable. La localisation par actualisation, c'est-à-dire par détermination du moment auquel se situe l'élément d'une situation juridique, va faire place à une localisation par analyse, par qualification (255). En raison de l'appartenance de l'élément considéré à une situation antérieure, il faut choisir entre le rattachement à la loi nouvelle, au nom de la concrétisation ou le rattachement à la loi d'origine de la situation en question, en raison du lien de l'élément considéré avec cette situation (256). L'analyse va donc porter sur ce lien et on ne perdra pas de vue la catégorie

(255) Sur la nécessité d'une construction technique, lorsque le réel, le concret, fait défaut, cf. SAVATIER, article « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels ». *Rev. trim. dr. civ.*, 1958.331, *passim* et notamment p. 354.

(256) Un aspect de cette solidarité, de cette cohésion, de certaines situations, a été entrevu par les auteurs de la loi d'introduction du Code civil allemand, à propos de l'article 170 E.G., motifs exposés en note, p. 193 de la traduction SÉE du B.G.B. « La question de savoir s'il faut appliquer à un fait le droit ancien ou nouveau dépend de la considération suivante : ce fait est-il dans une relation

« temps », en justifiant le rattachement éventuel de l'élément du contenu à la loi antérieure, sous la forme d'une localisation à l'époque de la loi abrogée, des intérêts que représente cet élément du contenu.

115. — Mais il faut, tout d'abord, distinguer les questions transitoires qui n'atteignent le contenu qu'extérieurement parce que la loi nouvelle ne crée, ni ne supprime, ni ne modifie un possible du contenu mais se contente de modifier les moyens d'action mis à la disposition des intéressés. Il s'agit ici des lois d'organisation judiciaire et de compétence de procédure, de preuve du fait, etc., qui organisent plus les modalités de l'exercice des droits, qu'elles n'atteignent directement leur contenu. Le fait présent de leur application est plus connexe que complexe en regard de la situation en cours, et on conçoit ici la compétence de la loi nouvelle (257).

La loi nouvelle concernant l'exercice des droits, notamment en justice, saisit la situation juridique antérieurement créée, mais sans que cela comporte de conséquences de fond quant au contenu de cette situation. Dès qu'une condition à l'existence d'un droit dépasse la notion de procédure à suivre, pour atteindre l'existence de la substance même du droit, la loi compétente est la loi du fond et non plus la loi de forme. Nous en avons vu l'application à propos des présomptions (258).

Les règles de compétence ou de procédure s'actualisent au moment où il en est fait usage, quand bien même ce serait à propos de situations nées sous l'empire d'une législation abrogée. On en conclura à la compétence de la loi nouvelle (259).

Toutefois, il convient de ne pas oublier que l'application correcte de la règle de conflit dépend d'une actualisation rigoureuse. Dès lors qu'un élément d'une instance a fait l'objet d'une concrète

telle avec l'obligation que celle-ci ne reçoit que de lui sa signification juridique et sa constitution, alors l'ancien droit est applicable ; ne touche-t-il par contre l'obligation que d'une façon externe et n'a-t-il pas sur sa constitution une relation de cause à effet, c'est le nouveau droit qui est applicable.»

(257) Cf. de F.R., S. 1932.3.105. Les lois modificatrices des formes des impositions sont-elles applicables aux impositions établies au titre des années antérieures ?

(258) Cf. *infra*, p. 195.

(259) Cf. C. appel Besançon, 14 déc. 1938, S. 1939.2.153, qui rappelle que si, aux termes de l'article 2 du Code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif, les lois de compétence et de procédure, à moins de dispositions contraires prévues par ces lois elles-mêmes, sont applicables dès leur mise en vigueur, même aux affaires déjà introduites, pourvu qu'un jugement définitif n'ait pas encore été rendu. LALOU, D.P. 1937.I.61; HÉBRAUD, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950.386 et 1958.438; FRÉJAVILLE, D.P. 1932.2.41; LE PAVEC, *Act. jur. prop. immob.*, 1955.I.82.

tisation sous l'empire d'une loi abrogée, la loi applicable est bien alors la loi ancienne. Ainsi la possibilité de faire appel est concrétisée dès que le jugement de première instance a été rendu. Une loi qui viendrait à la suite proscrire l'appel ne s'appliquerait pas à la situation née d'un jugement rendu (260). Comme l'écrit en effet M. Roubier : « l'admissibilité d'une voie de recours constitue une véritable qualité inhérente à la sentence elle-même » (261). Réciproquement d'ailleurs, une loi nouvelle ne saurait sans rétroactivité accorder la possibilité de l'appel à une décision déjà rendue (262).

La difficulté d'application de la règle tiendra essentiellement dans la qualification donnée à tel élément d'une situation pour le faire rentrer soit dans la catégorie de rattachement de la règle de forme, soit dans les catégories de rattachement des règles de fond, problème crucial du droit transitoire qui sera étudié plus loin lorsque nous passerons à l'interprétation de la règle de conflit (263).

116. — Mais si une loi nouvelle risque d'atteindre le contenu même de la situation, le problème se présente dans toute sa difficulté. La situation juridique est, avons-nous vu, un complexe de prérogatives et de devoirs intéressant un ou plusieurs individus déterminés, au moment où la question se pose. Le contenu abstrait est l'ensemble des possibilités non encore actualisées au profit ou à l'encontre de tel de ces individus. Le contenu d'une situation juridique intéresse donc un certain sujet de droit et ce en fonction des possibilités éventuellement réalisables. C'est la détermination de ces intéressés qui doit nous donner la clé de l'actualisation définitive et la loi applicable (264).

Une situation juridique s'applique tout d'abord aux individus qui se trouvent apporter ou profiter en premier lieu des conséquences des possibles qu'elle contient. Mais une situation juridique a une existence concrète, c'est une manifestation objective qui la met en contact avec d'autres intérêts, ceux des tiers à cette situation, qui peut déterminer dans les rapports de ceux-ci avec la situation

(260) Cass. Req., 14 déc. 1927, S. 1928.I.148, *a contrario*.

(261) *Op. cit.*, II, p. 728, n° 144.

(262) Il va de soi conformément à nos développements que tous les actes faits antérieurement à la loi nouvelle restent soumis quant à leur forme à la loi ancienne. Cf. note Cass. civ., 27 nov. 1933, DH. 1934.35.

(263) Cf. notamment pour une qualification de la loi de 1937 sur la responsabilité des instituteurs. C. appel Besançon, 14 déc. 1938, précité. Cf. *infra*, chap. III.

(264) Cf. dans le conflit dans l'espace, pour une détermination parallèle des catégories de rattachement, encore qu'elle soit faite à un moment de l'analyse bien antérieur à celui choisi ici, BATIFFOL, *Traité*, pp. 325 et suiv., n° 275 à 288; LEREBOURS-PICCONNIÈRE, pp. 260 et suiv., n° 225 à 254.

rencontrée, une nouvelle situation. Un conflit de régimes transitoires de situations concurrentes se pose, qui est à résoudre. Le fait créateur de cette dernière situation s'actualise au contact de la situation antérieure, sous une loi donnée. Mais par-delà même les contacts avec d'autres sujets de droit, la manifestation objective d'une situation juridique s'insère dans le cadre beaucoup plus vaste de la collectivité juridique qui peut se trouver intéressée à ce que tel rattachement soit choisi plutôt qu'un autre.

Nous voyons donc s'étager à propos du contenu de la situation juridique trois degrés d'intérêts, facteurs de rattachements éventuels, en présence d'une pluralité de rattachements possibles.

La mesure de l'effet de ces intérêts sur les facteurs de rattachement varie en fonction des éléments du contenu qui en sont la cause.

En raison du caractère relatif et non précisé de la conception des effets de la rétroactivité sur les répercussions apportées sur le contenu non actualisé des situations préexistantes par l'effet de la loi nouvelle, une choix doit être fait entre les divers intérêts qui peuvent dicter tel ou tel rattachement.

L'objet des règles de droit, notamment relatives au contenu d'une situation, est de poser des règles de conduite au comportement humain. Les règles de droit ont pour destination première de définir les qualités qui devront être réunies pour avoir l'aptitude à être sujet de droit : ceci vise au sens large ce que l'on a coutume d'appeler l'état des personnes ou le statut personnel (265).

Les sujets de droit étant déterminés, les règles ont pour objet de définir la manière dont les sujets de droit exerceront une maîtrise sur les choses, ce qui caractérise l'un des comportements les plus élémentaires de l'être humain : ce qui s'entendra ici de ce l'on dénomme « statut réel ».

Mais les sujets de droit ne se contentent pas d'exercer un pouvoir sur les choses, ils sont appelés à avoir des relations d'individu à individu, ou de groupe à groupe. Il ne s'agit plus d'exercer un pouvoir sur une chose, mais d'attendre de tel de ses semblables un certain comportement, une certaine prestation. Les règles de droit auront donc pour objet, en dernier lieu, de régir les relations qui s'établissent entre les sujets de droit sur la base juridique des obli-

(265) Sur l'idée que le statut personnel ne se résume nullement à des règles de protection individuelle, comme le pensait PILLIET, cf. chez M. le doyen BATIFFOL, *Conflits de lois en matière de contrats*, p. 337; également, *Traité*, p. 327, n° 280; *Aspects philosophiques*, p. 206, n° 93.

gations réciproques : le statut des conventions est donc le troisième élément de cette distinction (266).

Il va de soi qu'il y a des genres mixtes qui correspondent à des institutions qui participent aux trois sortes de contenu. C'est ainsi que les régimes matrimoniaux participent des trois genres, le régime hypothécaire du second et du troisième et jusqu'à une époque très récente du premier également. Enfin, certaines situations formellement contractuelles s'apparentent matériellement aux deux premières catégories. Ceci nous amènera dès à présent à ne conserver dans la dernière catégorie que les actes dont la substance est étrangère, et à l'état des personnes et au statut réel pris sous son caractère d'opposabilité absolue. C'est donc aux actes à caractère économique, c'est-à-dire limités aux mouvements de valeur, d'individu à individu, que nous nous limiterons sur ce dernier point.

Il va de soi également que du premier des statuts qui définit la qualité de sujets de droit, se sont détachées, du point de vue didactique, toutes les règles qui concernent les rapports entre l'Etat et les particuliers sur la détermination de leurs droits politiques, et l'appartenance à la collectivité étatique, de même que des deux autres, l'Etat se définissant lui-même comme un sujet de droit dans ses rapports avec ses ressortissants et avec les autres Etats, se sont dégagées toutes les règles intéressant l'aspect patrimonial et conventionnel du droit public. L'opposition relativement récente du droit privé et du droit public représente, tout au moins sur le plan de la technique transitoire, selon notre opinion, une différenciation historique et non une distinction originale (267). Le droit public transitoire, encore qu'il ne soit pas de notre dessein d'en faire ici la théorie générale, ressort donc, en dépit de son particularisme certain, de la triple distinction que nous proposons du contenu des situations juridiques.

C'est en fonction du caractère de son contenu que vont se préciser les éléments de raisonnement qui nous conduiront dans l'hypothèse où un fait présent ne révèle pas un élément actualisé antérieur du contenu, à définir quelle sera la loi de rattachement. Mais précisons bien que ce n'est qu'à ce stade du problème du conflit qu'une

(266) A ce niveau du problème d'autres catégories existent, dont nous avons parlé, mais que nous avons classées à part, il s'agit des règles de procédure et de compétence, cf. *supra*, pp. 200 et suiv. et de la responsabilité délictuelle, cf. *supra*, pp. 196 et suiv., les premiers relevant de situations nouvelles connexes, les secondes d'éléments actualisés lors de la loi ancienne.

(267) L'étymologie du critère que constitue le « caractère exorbitant du droit commun » en est l'aveu le plus patent. Il n'est d'ailleurs pas nié que l'organisation de l'Etat relève, matériellement, sinon tout à fait formellement d'un esprit et d'une méthode étrangers au droit privé.

telle analyse du contenu est nécessaire. C'est dans le cadre de cette distinction des statuts que la recherche du rattachement va se poursuivre, compte tenu des intérêts qui favorisent tel choix plutôt qu'un autre.

a) *Etat des personnes et régime des biens*

117. — Le contenu des situations intéressant le statut personnel, vise, en regard du droit civil, les virtualités tendant à définir l'efficacité juridique des sujets du droit. Il s'adresse évidemment à la personnalité juridique et à la capacité. Mais la collectivité est la première à bénéficier du comportement juridique de ses ressortissants. De même, la tâche de survivre, qui est l'un des moteurs de son évolution et sa raison d'être, lui impose de régir tout ce qui concerne son recrutement, sa conservation. Ceux-ci ne peuvent être assurés, l'expérience soviétique l'a démontré, que par l'institution familiale (268). Ce qui explique que la famille et la filiation, encore que s'inscrivant sous un certain angle dans le cadre des relations entre les individus, ne se conçoivent néanmoins que comme les moyens essentiels de la collectivité d'assurer sa conservation et s'insèrent dans le cadre des règles qui définissent l'efficacité juridique des membres de la collectivité. Enfin, dépassant le cadre habituel du droit civil, nous entendons comprendre, dans le statut personnel, les situations qui relèvent de la qualité particulière donnée par la loi à raison des occupations ou des fonctions des titulaires de ces situations. C'est dire que nous comprendrons dans le statut personnel les règles qui définissent, quant à leur existence et leur contenu, le recrutement et le régime des professions.

Sous l'angle du droit international privé, le caractère d'un tel contenu interdit que sa détermination soit soumise au caprice des déplacements épisodiques des personnes : il implique une permanence qui suppose un rattachement stable (269).

Sous l'angle du droit transitoire, le caractère d'un tel contenu suppose une homogénéité entre les diverses situations là où la diversité engendrerait le manque de cohésion du corps social et mettrait

(268) Cf. article de M. CHAPLET, in *Vie judiciaire*, 18, 23 mars 1957, « Essai sur le mariage ».

(269) On retiendra chez PILLET ces caractères de la loi : permanence et généralité, et l'effet de la solution du conflit qui est d'altérer un de ces caractères, non tant comme le pense PILLET en vertu d'un principe tiré du droit international, qu'au nom de l'application à une situation juridique donnée de la loi à laquelle elle se rattache. Comp. BATIFFOL, p. 280. Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 525, n° 279, qui propose comme motif de rattachement la « permanence nécessaire des lois concernant la personne comme telle ».

par là même en péril sa conservation : cette homogénéité des contenus de situations identiques substantiellement, quoique différentes transitoirement, implique une généralité qui suppose un rattachement de tout fait du contenu non localisé sous l'empire de la loi ancienne à la loi en vigueur lors de sa survenance (270).

L'intérêt général de la collectivité est, on l'a démontré, prépondérant en faveur d'un tel rattachement. L'intérêt des tiers milite également en faveur d'une telle solution : les tiers ne prennent connaissance de la situation juridique qu'au moment où ils se rencontrent avec elle. Les rapports possibles engendrés par cette rencontre, s'analysent d'après la loi de survenance du fait actualisant cette rencontre : les tiers ne connaissent pas nécessairement les origines des situations dans le temps et ils sont censés penser que tel individu, participant à la situation, qu'ils ont rencontré se trouve avoir l'état de chacun. L'intérêt des tiers actualise donc rigoureusement le fait de la situation au moment où ils en ont connaissance.

Le caractère de généralité des règles intéressant l'état des personnes conduit donc à rattacher le fait actualisant un contenu s'y rapportant, à la loi de sa survenance.

La contre-épreuve de cette proposition sera fournie par l'exemple d'un état de droit, étranger d'ailleurs aux questions transitoires, qui ignore cette généralité : il s'agit du régime de la personnalité des lois.

Sous l'angle de l'intérêt de la collectivité, on remarquera que ce régime s'applique soit à des sociétés politiques en voie de décomposition (Antiquité barbare), ou au contraire n'ayant pas atteint une maturité, une force et une cohésion suffisantes (pays de capitulation (271), soit aussi à des sociétés caractérisées par la coexistence de deux collectivités de civilisations différentes, l'une dominant l'autre (territoires coloniaux).

Sous l'angle de l'intérêt des tiers, le régime de la personnalité des lois ne peut fonctionner qu'en éliminant l'inconnue du régime applicable à l'efficiencia juridique de tel individu. Or, les tiers ont bien ici la connaissance des régimes différents de l'état des personnes qui leur est signalée par des différences ethniques visibles ou une règle procédurale élémentaire et primordiale (*professio legis*) (272).

(270) On rappellera ici les pages écrites par le doyen RIPERT sur la garantie contre l'arbitraire que constitue la généralité de la loi ; cf. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 285, p. 103 (« La loi oblige tous les sujets de droit ; le caractère de généralité est la protection contre l'arbitraire »).

(271) Compte tenu que, dans l'hypothèse des pays de capitulations, la différenciation des régimes juridiques est fonction d'un privilège de juridiction.

(272) Cf. MONIER, CARDASCIA et IMBERT, n° 405, pp. 555 et suiv. Comparer LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer*, pp. 137 et suiv.

Les règles de droit nouvelles s'appliquent au contenu, non actualisé à l'époque, d'une loi ancienne, d'une situation intéressant le statut personnel. Sous le seul angle du droit privé, il s'agit ici des matières qui intéressent la personnalité juridique, le nom, le domicile, le mariage et la filiation, la capacité (273). Le régime des biens, comme le droit des obligations, intéresse dans de multiples hypothèses, l'état et la capacité. Il se pose ici une question de classement, de qualification, d'une situation donnée à l'effet de la faire rentrer dans une des catégories de rattachement, qui relève de la technique habituelle du droit civil.

118. — Le régime de la propriété illustre juridiquement la maîtrise de l'homme sur les choses. Il confère à un pouvoir de fait une signification juridique. C'est dire que toute l'étude du statut réel est marquée par la coïncidence nécessaire qui doit s'établir, compte tenu des nécessités de police et de paix publiques, entre l'apparence et la réalité, entre le pouvoir apparent sur une chose et sa conformité à l'ordre juridique (274).

Cette coïncidence explique qu'à tout fait actualisant un possible réel, on applique la loi de sa survenance. L'intérêt des tiers découle précisément de cette coïncidence.

L'intérêt général partagé entre la sauvegarde de la paix publique qui implique des mesures rapides et la protection de la sécurité liée au respect des situations apparentes, nous conduira à la même conclusion. On appliquera donc au fait présent, actualisant un contenu possible se référant au statut réel, la loi en vigueur lors de sa survenance.

(273) La personnalité juridique se conçoit à vrai dire plus sous l'aspect de la création d'une situation juridique que de son contenu, plus comme une aptitude, une habilitation à être sujet de droit, que comme un ensemble de normes appliquées; néanmoins, pour une institution donnée, son existence étant placée hors du problème, une extension ou une restriction de son efficience juridique par l'effet d'une loi nouvelle constitue une question de contenu, et la situation créée antérieurement subira l'influence de la loi nouvelle. Sur la distinction entre l'existence et le contenu d'une situation relativement à la notion de personnalité juridique, cf. Cass. civ., 26 juin 1900, S., 1900.1.329, à propos des sociétés civiles à forme anonyme créées avant la loi du 1^{er} août 1893 et qui conservent le caractère de sociétés civiles. La loi du 15 juillet 1955 a fourni une jurisprudence abondante sur l'effet des lois nouvelles, encore qu'ici la création de l'action alimentaire au profit des enfants adultérins n'intéresserait pratiquement que des situations nouvelles, exception faite des instances déjà engagées. Les décisions de la Cour d'appel de Paris des 16 fév. et 15 juin 1951 et du Trib. civ. du 3 fév. 1956 déjà citées sont les plus caractéristiques sur ce dernier point; sur ce dernier point, cf. KUNHMUNCH, *op. cit.*, pp. 179 et suiv.

(274) C'est ici qu'on rappellera l'étude célèbre de JOSSERAND sur la notion d'apparence. L'idée n'est d'ailleurs pas sans lien avec le caractère d'évidence de la règle de D.I.P. qui rattache le régime des biens à la loi de leur situation.

Mais on insistera ici sur le fait que cette catégorie de rattachement ne doit être utilisée qu'au stade de l'analyse auquel nous sommes parvenus : c'est au contenu non encore actualisé, que la loi nouvelle s'applique. Si le contenu d'une situation de statut réel a fait l'objet d'une actualisation à l'époque d'une législation antérieure, c'est la loi ancienne qui est compétente, hypothèse rencontrée à un degré moins avancé de notre analyse. Une telle localisation sous l'empire de la loi ancienne peut résulter d'une norme législative qui a saisi le fait au moment où il s'est produit, comme d'une norme individuelle, d'un contrat par exemple, qui a concrétisé une possibilité offerte par le régime antérieur (275).

Le problème demeure donc à l'époque de la loi nouvelle, de rechercher rigoureusement si le contenu de la situation relative au statut réel n'a pas fait l'objet d'une actualisation à l'époque de la loi ancienne. C'est ainsi que sur la question de savoir si, pour jouir d'un droit d'usufruit stipulé par un contrat antérieur au Code civil, mais ouvert ultérieurement, l'usufruitier est tenu de donner caution au nu-propiétaire, la réponse sera fournie non par l'article 601 du Code civil, mais par la loi en vigueur à l'époque où le contrat a actualisé ce droit d'usufruit (276).

De même, les rentes déclarées immeubles au moment du contrat de mariage, n'ont pas cessé d'appartenir à cette catégorie depuis la publication du Code civil qui, dans son article 529, les qualifie de meubles (277).

Une autre difficulté apparaît qui rencontrera ultérieurement sa solution, c'est celle de la qualification réelle ou contractuelle que devra recevoir dans les cas limites la situation juridique examinée. Il y a là une question d'analyse de la situation considérée (278).

Le statut réel, à l'origine, expression de la maîtrise sur une chose, se conceptualise sur une des qualités essentielles qui le caractérisent :

(275) Cf. pour une cession à titre onéreux des droits d'auteurs : non application de la loi du 14 juill. 1866 sur les prorogations de guerre à une cession consentie sous l'empire de la loi de 1854 (Trib. civ. Seine, 18 mai 1955, *Rev. trim. dr. com.*, 1956.72, obs. DESBOIS).

(276) Cf. cass., 11 nov. 1818, S., 19.1.128, cité par MAILHER DE CHASSAT, T. Ier, p. 275.

(277) Cf. cité par MERLIN, *Répertoire*, V° Effet rétroactif, p. 253; Cour sup. Bruxelles, 21 août 1814, sur la question de l'effet sur les contrats des lois modifiant la distinction des biens meubles et immeubles. Cf. ROUBIER, T. II, p. 141.

(278) On pense ici notamment au régime des créances considérées, abstraction faite du contrat qui les a créées, en particulier relativement au taux de l'intérêt légal, prix du loyer de l'argent, selon M. ROUBIER, et dont la détermination relève du régime des biens, dès lors qu'aucune référence aux taux de l'intérêt n'a été localisée dans un acte antérieur, à l'époque de la loi ancienne. Cf. note Cass. civ., 7 juin 1904, S., 1905.1.319; Cass. Req., 11 avril 1921, S., 1922.1.146.

l'opposabilité absolue (279). C'est ainsi que les droits intellectuels relèvent d'une telle qualification.

Et c'est sur cette idée d'opposabilité générale que le régime du statut réel rejoint le régime du statut personnel dont nous avons dégagé les dépassements parallèles de la notion originaire. Ainsi se précise une catégorie utilisable à ce stade de l'analyse du conflit qui au nom de l'opposabilité générale des situations, tend, conformément aux intérêts en présence, à l'actualisation sous l'empire de la loi en vigueur lors de leur survenance, des éléments non encore localisés des situations juridiques antérieures. La généralité et la permanence nécessaire des lois intéressant l'état des sujets de droit, comme les préoccupations jointes de la protection de l'apparence et de la paix publique en matière de statut réel, conduisent à rattacher les situations relevant de cette qualification à la loi nouvelle, en ce qui concerne leur contenu non actualisé sous l'empire d'une législation antérieure. Une contre-épreuve de cette première qualification transitoire sera fournie par l'analyse des situations intéressant les rapports contractuels. Elle précisera la portée de cette catégorie des situations à opposabilité absolue et en justifiera la qualification, du point de vue temporel.

b) *Statut contractuel*

119. — La recherche d'un rattachement d'un fait présent, relevant du contenu d'une situation contractuelle, mais dont l'existence n'est pas liée à une concrétisation d'un élément du contenu, va nous conduire, toujours à l'aide du critère de localisation, à nous pencher sur les motifs d'une solution traditionnelle.

On sait que les contrats sont soumis jusque dans leurs effets futurs à la loi en vigueur au moment de leur formation. Conformément aux résultats déjà obtenus par notre méthode, nous pouvons savoir que l'existence d'un contrat à l'époque antérieure ne peut s'apprécier que d'après la loi compétente à ce moment-là. Nous savons également que si nous nous trouvons en présence d'un fait portant sur l'existence d'un élément du contenu d'un contrat localisé par concrétisation sous l'empire de la loi ancienne, on ne saurait lui appliquer sans rétroactivité, une loi autre que celle qui a été l'occasion de cette concrétisation du contenu.

Il nous reste à déterminer, comme précédemment pour le statut réel et le statut personnel, quelle loi il convient d'appliquer au fait

(279) Cf. RIPERT et BOULANGER, I, p. 291, n° 661.

présent, compris dans le contenu d'une situation contractuelle, mais n'impliquant pas l'existence d'une localisation par concrétisation d'un élément du contenu du contrat sous l'empire de la loi ancienne.

On connaît la réponse traditionnelle qui en a été fournie (280). On s'était peu préoccupé, jusqu'à une époque relativement récente, de justifier cette solution tant on sentait intuitivement qu'appliquer aux effets présents et futurs du contrat la loi nouvelle équivaldrait à la faire agir sur le passé. L'application de la règle de survie n'a pas eu, ici, d'autre justification première que d'éviter le grief de la rétroactivité de la loi.

L'analyse, poursuivie par M. Roubier et ses successeurs, a conduit on l'a vu, à distinguer les règles prônant l'effet immédiat de principe, de celles admettant la survie exceptionnelle. Il n'était plus possible d'expliquer l'exclusion de la règle de survie par appel à la notion de rétroactivité. Cette exclusion laisse réapparaître en effet la notion de l'effet immédiat et non celle de rétroactivité.

Comme l'application de la règle de survie au contrat n'était plus explicable par le principe de non-rétroactivité inscrit dans la règle de l'article 2, les auteurs ont particulièrement apprécié la nécessité d'une justification que n'avait pas ressentie la doctrine classique tant l'extension de leur concept de base, le droit acquis, permettait une absorption trop facile des difficultés du conflit.

Cette justification dont nous devons ici rendre compte dans le cadre des déductions que nous avons opérées à partir de la notion d'actualisation et qui doit nous conduire à justifier l'emploi d'une classification en statuts apparemment étrangère au conflit transitoire, répond à une classification proprement fondée sur des rattachements distincts en fonction de l'emploi d'une méthode de localisation dans le temps.

Nous rappellerons auparavant les explications à la solution traditionnelle donnée par la doctrine.

120. — On ne reviendra pas longuement sur la théorie des droits acquis qui n'a rien tenté de sérieux sur ce point. Elle ne peut expliquer ici la règle de survie que par le recours à une notion de droit acquis déjà tellement déformée pour y introduire des éléments d'expectative que si elle arrive à justifier la règle pour les contrats, elle ne rend pas compte des raisons qui en excluent l'application en dehors de ceux-ci.

La distinction à laquelle aboutissent Bonnet-Caspe et Affolter entre

(280) Cf. pour des arrêts déjà anciens : Cass., 27 mai 1861, S., 61.I.502 ; 24 juill. 1866, S., 66.I.327 ; 10 juillet 1867, S., 67.I.287 ; 29 mars 1876, D., 76.I.193.

droits légaux et droits contractuels doit se replacer dans le cadre de l'application de la survie à titre de règle générale de conflit. C'est de plus une distinction rajoutée à la définition fondamentale pour les besoins de la pratique, mais sans rapport avec le critère et la méthode proposés; de plus, elle rend plus compte d'un résultat qu'elle n'en constitue l'explication.

Une critique du même ordre doit être adressée aux constructions de Jèze et de Duguit fondées sur une opposition des situations légales et des situations individuelles (281). Il convient de la compléter par la constatation qu'une telle définition ne justifie pas, *a priori*, et par la seule force de sa dialectique, un régime différent pour les situations nées du contrat et pour les situations nées de la loi. Nous ne voyons pas, pour notre part, de différence intéressante pour le droit transitoire, entre la situation née de l'application à des personnes des prescriptions qui gouvernent les rapports entre époux et la situation qui entraîne entre les contractants l'application des règles prévues par la loi relativement à la garantie ou aux cas de résolution du contrat.

Quand on parle de contrat, on a trop tendance à penser aux stipulations précises incluses expressément par les parties et non aux règles d'origine directement légales, qui non seulement servent de cadre aux volontés précisées des particuliers, mais fournissent la plupart des règles gouvernant la convention.

La théorie de l'acte-condition rend de grands services en droit public dont elle explique certaines situations qui lui sont propres, telle la relation entre le fonctionnaire et l'Etat : on en conçoit mal l'utilité générale, notamment transposée au droit civil. Les règles de droit posent des principes de conduites générales et abstraites, dont l'application est toujours soumise à une condition, fait, involontaire ou volontaire, ou acte juridique, mais l'utilité de cette idée pour le droit transitoire n'a pas été démontrée.

Le caractère volontaire n'est d'ailleurs pas déterminant pour l'application de la règle de conflit. Il est des règles auxquelles se sont soumis consciemment des particuliers, qui cesseront d'avoir effet avec l'apparition de la loi nouvelle, alors qu'il est des règles auxquelles les parties à un contrat n'ont pas pensé et qui continueront donc à régir leurs rapports sous l'empire du droit nouveau.

Comment peut-on parler d'un effet voulu tacitement par les parties, quand la réalité la plus évidente porte à penser qu'elles n'en ont pas eu conscience; comment à l'encontre de la réalité psycholo-

(281) JÈZE, R.D.P., 1913.61 ; DUCUIT, *Tr. dr. const.*, T. II, n° 21, et T. V, n° 16, précités.

gique peut-on parler de volonté tacite, d'un acte de volonté en dehors de la conscience des éléments du choix. La détermination des conduites dans un tel choix, nous semble plus être du domaine de l'instinct que de celui de la volonté (282).

L'hypothèse contractuelle ne se limite pas davantage à envisager la loi comme autant de stipulations faites pour les contractants. D'abord, il existe des règles légales constituant des interprétations vraisemblables d'une volonté individuelle qui ne s'est pas manifestée, qui cessent tout effet avec l'apparition de la loi nouvelle. On songera tout particulièrement ici au régime de la succession *ab intestat* (283).

Ensuite, s'il est excessif, avons-nous vu, de considérer que l'adoption des règles légales relatives au contrat résulte d'une volonté tacite, il n'est pas moins inexact de prétendre que les dispositions reflètent l'intention probable des parties, lorsqu'elles n'ont eu pour la plupart d'autre but que de brider les velléités des contractants (284). C'est, en effet, une idée trop souvent mise en avant que la loi organise la liberté contractuelle. On pourrait écrire, en paraphrasant Jhering, que l'histoire de la liberté contractuelle est, au moins depuis le XIX^e siècle, l'histoire de son abolition constante. « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », du doyen Ripert, sont, sur ce point, riches d'une information substantielle (285).

Enfin, cette conception tendant à accréditer que la loi reflète l'intention des parties au contrat, pourrait laisser penser que seules les règles supplétives de volonté sont susceptibles de continuer à s'appliquer au contrat après la promulgation de la loi nouvelle.

(282) C'est chez MAILHER DE CHASSAT (*op. cit.*), que l'on trouve la plus brillante illustration du point de vue critiqué : « Enfin ce principe (la survie de la loi ancienne) s'applique non seulement au cas où, comme dans l'espèce précédente, les faits ne permettent pas de douter que les parties n'aient tacitement accepté comme règle de leurs conventions, une loi ou un usage existant à l'époque du contrat ; mais encore à celui où elles sont présumées avoir tacitement accepté, comme règle de ces mêmes conventions, la loi ou l'usage existant à l'époque où elles ont paru ; dans ce dernier cas, elles sont présumées avoir converti en contrat la loi existante, et de là, résultent immédiatement des droits acquis placés hors de toute atteinte de la loi postérieure. » « ... le contrat, expression civile, de l'accord de deux volontés, s'applique à toutes les matières du droit ; or, ces matières, avant de devenir l'objet propre des stipulations privées sont essentiellement et préalablement les matières de la loi, abandonnant à l'occasion de certains faits son action perpétuelle sur ces matières, rend les droits dont elles sont l'objet propres aux individus qu'ils concernent. »

(283) On ne niera d'ailleurs pas qu'à cette explication traditionnelle de la dévolution *ab intestat* fondée sur la volonté présumée du *de cuius*, s'ajoute de nos jours une conception, moins individualiste, mais plus réaliste, qui allie une dévolution par l'effet pur et simple de la loi en raison des liens familiaux à une conception originale de la propriété familiale.

(284) Exception faite notamment des articles 1156 à 1164 du Code civil.

(285) Cf. pp. 37 à 39, n° 15.

On sait que cette distinction entre l'effet des lois impératives et des lois supplétives n'a pas été reçue par le droit positif. Elle est, en effet, aux antipodes des fondements du droit transitoire. Dans notre discipline, toutes les lois sont susceptibles d'être appliquées et les lois supplétives se différencient des lois impératives non par leur notion et leur fonction qui sont de poser des règles de conduite, mais seulement par leur sanction. De plus, opposer lois supplétives aux lois impératives, c'est, notamment à propos du contrat, tendre à faire penser que c'est la manifestation de volonté ou son interprétation qui justifie la persistance de la loi ancienne.

Ce qui est à retenir dans la manifestation de volonté comme dans le fait de l'homme en général, c'est qu'il constitue un élément de localisation dans le temps d'une situation juridique (286). Jèze et Duguit parlent de même de situations individuelles et ils entendent en fait grouper ici des situations telles que celles nées d'une décision judiciaire, ou celles nées d'un contrat, c'est-à-dire autant d'actualisations sous l'empire d'une loi donnée (287). L'explication fondée sur la volonté tacite, comme celle qui s'appuie sur la distinction des situations objectives et subjectives ne rend pas compte de la solution du conflit de lois dans le temps en matière contractuelle (288).

121. — Dans le système proposé par M. Roubier (289), on sait qu'il convient de replacer l'analyse des situations juridiques dans le cadre de la triple distinction de l'effet rétroactif, de l'effet immédiat et de la survie.

Si la règle de conflit principale est l'effet immédiat, les raisons qui ont justifié ce choix poussent à l'écartier, *a contrario*, lorsque n'étant plus réunies, elles conduisent à l'application de la règle subsidiaire de survie de la loi ancienne.

(286) Une transposition, ici, de la théorie de Kelsen, pour redonner un éclat nouveau à la notion d'autonomie de la volonté, n'apporte pas autre chose, semble-t-il, qu'un appui particulier à notre méthode de l'actualisation, en mettant l'accent sur la concrétisation à un plan inférieur des règles abstraites. Cf. sur une utilisation de la théorie kelsenienne en droit international privé. HOCTUN : *Die Parteiautonomie und die universelle Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts*, C.R., par H.B. in *Revue crit. D.I.P.*, 1955.625.

(287) Que dire alors de l'explication proposée par CAPITANT fondée sur l'interprétation littérale de l'article 1134 du Code civil ? Elle conduirait à ne protéger le contrat que quant au contenu résultant des stipulations expresses. Elle est également justiciable de la critique qui a été faite de la conception tendant à rendre déterminant le rôle de la volonté (cf. ROUBIER, T. I^{er}, p. 592, n° 69).

(288) Pour une critique, abordée à un niveau plus élevé, du subjectivisme juridique en matière de contrat, cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 32, pp. 74 et suiv. Cf. également MOTULSKY, obs. sous Cour d'appel, Paris, 27 janvier 1955, *Rev. crit. D.I.P.*, 1955.330.

(289) *Op. cit.*, T. I^{er}, pp. 381 et suiv.

Comme on l'a vu, M. Roubier a justifié la règle de l'effet immédiat par l'idée, assurément vraie, que nos sociétés modernes sont progressistes et dirigistes et donnent une place prépondérante à la loi dans la détermination des conduites juridiques (290). Cette explication de l'effet immédiat ne saurait, selon M. Roubier, être valable pour les contrats qui constituent le domaine dans lequel se manifeste encore la liberté d'action des particuliers, mais avec quelles restrictions depuis quelques années (291).

En effet, écrit M. Roubier, le contrat est le seul mode de différenciation des individus. Ce qui explique que l'on conçoive une entorse au dogme de l'unité législative souhaitée par le progressisme et le dirigisme du droit contemporain.

Le contrat, ajoute M. Roubier, est un acte de prévision; les contractants qui y relient leurs intérêts, savent ce qu'ils peuvent attendre du jeu des clauses expresses de l'acte, ou encore de la loi (292).

D'où l'on déduira que les lois nouvelles ne peuvent revenir sur le choix qui était accordé aux parties au jour où le contrat fut passé.

Un contrat constitue un « bloc de clauses indivisibles » qu'on ne peut apprécier qu'à la lumière de la législation sous laquelle il a été passé. Cette idée d'unité du contrat est profondément juste (293). L'imprécision du droit de créance explique que son contenu particulier soit pris en considération à la formation du contrat. Être créancier n'est pas la cause déterminante qui poussera un individu à contracter (c'est le contraire pour être propriétaire). Au contraire,

(290) Deux études ont dégagé plus particulièrement cette idée. Cf. P. DURAND, *Rev. trim. droit civil*, 1944, p. 73 : « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », et G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, notamment n° 15, p. 38. On rappellera également le chemin tracé par JOSSEMAN : « Le contrat dirigé », D.H., 1933, chr. 83. « Tendances actuelles de la théorie des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, p. 22, entre autres travaux sur cette question.

(291) Cf. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, loc. cit. La période 1939-45 et l'après-guerre ont provoqué un développement considérable du dirigisme. Insister sur ce point relève du lieu commun. On pourra toutefois préciser dans le domaine contractuel que le législateur est intervenu non seulement pour priver d'efficacité les mauvais contrats, mais également pour forcer l'homme à l'action : le contrat a été atteint sur le terrain de la liberté de contracter (cf. RIPERT, *op. cit.*, n° 109, p. 228). Le retour au pouvoir, à partir de 1950, des forces politiques modérées a atténué le dirigisme étatique. Il n'en a pas moins laissé subsister le dirigisme des puissances économiques privées qui suggère des problèmes très voisins : on pensera ici tout particulièrement à l'organisation des circuits de vente. Cf. DURY, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, Thèse Paris, 1952, notamment pp. 58 et 425.

(292) M. RIPERT (*op. cit.*, n° 102, p. 222), rappelle que « l'homme, pour agir, a besoin de la certitude de l'avenir. Le contrat est une prévision ».

(293) Cf. ce qu'en dit M. BATIFFOL, *Traité*, p. 316, n° 268 : « Un contrat est un ensemble psychologique et économique ; le dissocier entre autant de lois qu'il engendre d'obligations diversement localisées serait le type du morcellement contraire à l'application rationnelle d'une loi quelconque. »

un individu, au moment où il se lie par contrat, a conscience d'agir ainsi en raison de la perspective qu'il a d'obtenir tel ou tel résultat concret. Le contenu du droit est donc un élément de sa constitution. L'effet du contrat n'est pas séparable de sa formation : la formation du contrat est faite de son effet escompté (294). Ce qui explique que l'on ne puisse concevoir sans difficulté qu'une même loi ne s'applique pas à l'une comme à l'autre. Dans le domaine du contrat, la distinction entre les modes de création du droit et son contenu devient extrêmement ténue et n'est utilisable qu'en quelque sorte négativement, c'est-à-dire dans la mesure où étant difficile à réaliser, elle met l'action sur le lien très étroit qui unit le droit personnel au contrat qui l'a engendré et justifie, en dépit de l'effet immédiat de la loi, l'application d'une même loi, même abrogée, aux effets du contrat, la loi de sa formation.

Ceci permet donc à M. Roubier d'exclure de la règle exceptionnelle de survie les contrats dans lesquels le consentement des parties, qui a fait le contrat, donne parfois ouverture à une situation entièrement définie par la loi (par exemple l'adoption, le mariage, l'usufruit, l'hypothèque).

Ceci vise principalement les contrats à contenu extrapatrimoniaux, mais également les contrats dont le contenu porte sur des droits réels, dont le nombre est d'ailleurs limité, ou sur les droits nés de la propriété littéraire et artistique ou des brevets d'invention.

Mais, nous ne parvenons toujours pas à nous expliquer pourquoi le contenu adopté par les parties n'a pas le même sort transitoire suivant que le contrat porte sur des matières entièrement définies par la loi ou, au contraire, laissées à la détermination des particuliers.

On ne voit pas, sur le seul plan de la distinction proposée, en quoi la réglementation de l'utilisation d'une hypothèque acquise par contrat a une nature transitoire différente de la réglementation de la vente par exemple. Le contrat d'hypothèque ou de servitude peut comporter relativement à son contenu des précisions beaucoup plus concrètes, beaucoup plus individualisées (que l'on pense au cantonnement notamment) qu'une vente ou qu'une location dont les stipulations reprendront ou feront allusion à une réglementation législative abondante; on se contente de reproduire d'après un formulaire, des clauses types, utilisées par tous les contractants, qui se sont bornés à remplacer les « blancs » par des noms ou des chiffres.

(294) Témoin, la théorie de la cause !

On songera à la difficulté bien souvent rencontrée d'obtenir d'un notaire qu'il insère des clauses inhabituelles dans un acte (295). Quand on pense également jusqu'où peut aller, de nos jours, la réglementation législative de certains contrats, le bail ou la « gérance libre » tout particulièrement toute loi nouvelle qui vient modifier cette législation abondante contenant souvent des dispositions transitoires pour en imposer l'application aux contrats en cours, on en conclura *a contrario*, que la réglementation abondante d'une matière contractuelle n'est pas un obstacle à la survie de la loi ancienne (296). Le contrat n'est donc pas toujours l'instrument de la diversité et de la différenciation des individus.

L'idée que le contrat est un acte de prévision encore qu'elle soit à retenir, ne nous semble pas plus déterminante pour justifier l'application de la loi ancienne au contrat (297).

En effet, la soumission volontaire à un statut légal, pour reprendre la terminologie de M. Roubier, peut constituer un acte de prévision qui n'exclura pas pourtant l'application de la loi nouvelle. On se rappellera que les dispositions qui ont rétabli la possibilité de la conversion automatique du divorce en séparation de corps, se sont bien appliquées aux époux dont les convictions religieuses avaient été déterminantes dans le choix de la séparation de corps, et dont, néanmoins, la situation d'époux séparés de corps ne fait plus obstacle à la conversion automatique en divorce (298).

(295) On ne serait pas loin de penser que le contrat est bien souvent plus le domaine de la routine et de l'uniforme que la marque de la différenciation des individus.

(296) La jurisprudence concorde avec notre position sur ce point, encore qu'elle ait parfois été sollicitée de fournir une solution contraire au nom d'une conception qui voit dans une réglementation abondante et détaillée un phénomène de nature à modifier le rattachement (cf. une opinion qui irait dans ce sens si l'analyse de la notion de conflit avait été poussée jusqu'à ce stade, chez M. l'avocat général MARION, dans ses conclusions sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 mai 1956, *Revue des loyers et propriété commerciale*, 1956.243. Cf. *infra*, sur l'importance de cette question à propos de l'interprétation de la règle de conflit).

(297) Sur l'idée de prévisibilité, cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 77, n° 122 : « Pour que les relations sociales se nouent et se développent aisément, un minimum de prévisibilité est la règle. » Cf. également SAVATIER, *Métamorphoses*, p. 14, n° 11, où l'on en prévoit les conséquences en ce que le droit « permet à l'homme de connaître à l'avance les conséquences sociales qui s'attacheront à ses actes et seront, au besoin, sanctionnées par la force publique et donc d'être libre d'orienter à coup sûr son activité ». On se demande à ce propos dans quelle mesure on apporte ici un argument valable à l'application de la loi ancienne, s'il existe une règle de conflit, prévue à l'avance et connue de tous, qui entendrait appliquer aux situations en cours, les lois nouvelles. On voit que l'argument psychologique de la prévisibilité est susceptible de dépassements inattendus et dans la mesure desquels il cesse de rendre compte du droit transitoire positif.

(298) Il est vrai que l'ordonnance du 12 avril 1945 a constaté la nullité de la loi du 2 avril 1941, ce qui constitue une rétroactivité de fait aggravée.

On imaginera que l'achat par un particulier d'un fonds de terre peut être introduit dans le cadre de ses prévisions. Il avait l'intention de construire un immeuble de dix étages, et une loi survient qui confère à l'Administration le droit de limiter le nombre des étages.

En fait, l'idée de prévision n'est utilisable que lorsqu'elle se trouve limitée dans un rapport de droit de particulier à particulier. Mais ce n'est plus l'idée de prévision qui est déterminante pour la loi applicable, mais sa localisation, sa concrétisation par la détermination des « garants » de cette prévision (299).

Enfin, si on cherche à vérifier l'exactitude de l'assertion qui sert de point de départ à M. Roubier, nous devons encore formuler quelques réserves.

Il nous semble exact de justifier l'effet immédiat par le caractère progressiste et dirigiste des législations modernes. Nous avons vu qu'aux périodes où ce caractère est atténué, correspond certaine prédominance de la règle de survie, comme solution de principe du conflit transitoire.

Toutefois, on remarquera que si, effectivement, le progressisme et le dirigisme de la loi s'appliquent tant au statut personnel qu'au statut réel, c'est dans le domaine contractuel que ces effets se sont faits le plus vivement sentir, encore que d'ailleurs son action y fut plus insolite. Néanmoins, l'introduction du dirigisme, encore qu'il ait souvent contraint le législateur à utiliser la clause de rétroactivité, n'a jamais provoqué le recul du principe d'application de la loi d'origine aux contrats en cours (300).

122. — Il semble que tout en reprenant la construction de M. Roubier, MM. Ripert et Boulanger (301), aient montré une certaine réticence dans l'application de la loi ancienne aux contrats en cours. Aussi conseillent-ils de n'accepter le principe qu'avec pru-

(299) Cf. sur l'intention des parties de rester dans le domaine contractuel, non soumis à l'effet des lois postérieures, la qualification « sur l'honneur » d'un engagement pris par un occupant sans titre de quitter les lieux à une date fixée. Le juge de paix du 16^e arrondissement (Paris), a refusé de faire bénéficier l'auteur de cet engagement de la disposition de la loi du 3 décembre 1956 accordant un délai d'expulsion (*Rev. loyers*, 1957.563, note LE PAVEC, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958.105, obs. MAZEAUD, décision du 14 juin 1957).

(300) La jurisprudence est abondante. On a relevé des cas d'application de la loi ancienne en matière de baux à loyers (loi du 1^{er} sept. 1948 et décret du 9 août 1955) et de baux commerciaux (décret du 30 sept. 1953, loi du 12 mars 1956). Cf. notamment Cass. civ. soc., 1^{er} mars 1956, D.S., 1956.305. Cf. également C. appel Paris, 16 déc. 1950, D.S., 1955, S. 40 ; Trib. civ. Seine, 20 mars 1956, D.S., 1956.299 ; Trib. civ. Seine, 7 juin 1955, D.S., 1956, S. 14, déjà cités.

(301) *Op. cit.*, T. I^{er}, p. 140, n^{os} 311 et suiv.

dence encore qu'il soit conforme à la tradition. En faveur de l'exclusion de l'effet immédiat, MM. Ripert et Boulanger font valoir qu'en matière contractuelle on se trouve en présence de situations qui ne sont pas destinées à être éternelles, d'où le peu d'inconvénient qu'il y a à laisser la loi ancienne s'appliquer quelque temps encore. Cette observation nous paraît intéressante, à condition qu'on ne perde pas de vue que si l'un des caractères essentiels de la loi qui tend à assurer l'homogénéité du droit est sa permanence, sa généralité en est l'autre aspect. De plus, nous avons montré comment ces deux caractères se trouvent amoindris par la relativité dans le temps et dans l'espace de la loi (302).

Toutefois, cette observation pourrait conduire à confondre la prorogation de la compétence de la loi ancienne jusqu'à la disparition de certaines situations, avec le principe de survie. La prorogation est une règle à caractère unilatéral et substantiel, étranger au « bilatéralisme » de la règle de conflit.

Enfin, cette observation ne saurait incliner à considérer, quant à l'étendue du principe de survie, la durée des situations contractuelles envisagées.

Comme justification plus précise de la règle de survie, MM. Ripert et Boulanger font observer que l'obligation contractuelle étant créée et modelée par les contractants, la loi qui a présidé à la formation du contrat peut survivre à son abrogation pour régir une telle obligation.

Cette idée nous paraît intéressante dans la mesure où on insiste sur ce que le contenu de l'obligation est modelé non seulement par les contractants, mais également pour les seuls contractants.

En troisième lieu, MM. Ripert et Boulanger rappellent que le droit personnel ne peut pas être séparé facilement du contrat qui lui donne naissance. Également, ici, nous accepterons cette idée, mais à la condition de la réexaminer sous une optique transitoire et de voir dans ce lien du droit personnel au fait qui lui a donné naissance, une conséquence d'un rattachement par localisation (303).

C'est à la même condition que nous prenons à notre compte l'opinion de MM. Marty et Raynaud (304), selon laquelle, lorsque les parties font un contrat, elles prennent en considération la légis-

(302) Cf. *supra*, chap. II, section I, pp. 101 et suiv.

(303) MM. RIPERT et BOULANGER font également mention, pour écarter l'application de la loi de survie, de l'hypothèse de l'ordre public. Nous exploiterons cette idée plus loin. (Cf. *intra*, chap. III), encore que nous estimions que c'est la règle de conflit qui est écartée au nom de l'Ordre public et non la loi ancienne, par un rattachement qui nous semble critiquable de l'évincement de la loi ancienne au profit, au nom de l'ordre public, de la règle de l'effet immédiat.

(304) MARTY et RAYNAUD, T. I^{er}, p. 182, n° 108.

lation qui existe au moment de sa formation; c'est en fonction de cette législation qu'elles réalisent l'équilibre de leurs conventions. Si on appliquait au contrat la loi nouvelle, l'équilibre serait rompu; pour le maintenir, il faut continuer à appliquer la loi ancienne qui est entrée dans la prévision des parties. « Ainsi se manifeste, poursuivent MM. Marty et Raynaud, l'autonomie du contrat, ensemble complexe et indivisible qui, organisé par les parties elles-mêmes, doit autant que possible demeurer intact pour réaliser ce que les intéressés ont voulu » (305).

Nous avons vu que l'idée de prévision ne se justifie qu'autant qu'elle est l'indice d'une localisation. Nous retiendrons aussi l'idée d'équilibre dans la mesure où elle situe le contenu du contrat par rapport à des personnes déterminées, ce qui constitue également un indice du rattachement. Nous utiliserons enfin cette idée d'autonomie du contrat qui, en limitant les effets à l'égard des personnes intéressées, permet de retenir comme indice de rattachement, une manifestation de localisation beaucoup plus précise que pour les autres statuts.

123. — Les explications rapportées ci-dessus se situant à un degré de l'analyse assez éloigné de celui auquel nous étions parvenu, il est bon de rappeler les termes de la question qui nous ont porté à préférer parmi plusieurs rattachements possibles, celui qui est le plus en rapport avec la nature des choses, conformément au statut considéré.

Nous en sommes à un point où la seule question qui se pose désormais est de savoir quelle loi est applicable devant un fait, compris dans le contenu d'une situation contractuelle et dont l'existence n'est pas liée à la concrétisation, c'est-à-dire à l'utilisation, à la réalisation, d'une des virtualités, ou des possibilités d'agir propres à la situation dans laquelle se sont mis les intéressés en participant au fait créateur du contrat.

On sait qu'au niveau de cette hypothèse, les rattachements peuvent varier en considération des intérêts en présence. Les travaux des privatistes comme ceux des internationalistes ont mis en valeur l'idée d'autonomie de la volonté dans les contrats (306). On sait qu'une première signification en a été en droit international privé, qu'il appartient aux parties de préciser sous l'empire de quelle loi ils entendaient voir soumettre les obligations nées de leur contrat.

(305) Quid alors de la loi nouvelle destinée à « rééquilibrer » les contrats déséquilibrés par la modification des circonstances économiques générales ? Des dispositions spéciales ont été nécessaires pour en justifier l'application aux contrats en cours.

(306) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, pp. 63 et suiv.

Du silence des parties sur ce point, on a été amené à rechercher par voie d'interprétation quelle avait pu être l'intention des parties relativement à cette détermination. On utilisa à ce propos, les divers éléments du contrat qui permettaient d'induire une telle intention : lieu de la conclusion du contrat, lieu d'exécution, de paiement, nationalité ou domicile des parties, formes employées, lieu de situation de l'objet du contrat, monnaie stipulée, etc. On s'est alors rendu compte que ce à quoi on se livrait n'était plus une recherche de l'intention des parties relativement à la loi applicable, mais une recherche des éléments permettant de fournir une localisation du rapport considéré, et dont la déclaration expresse des parties n'était qu'une hypothèse (307). La règle de conflit dans l'espace perdait le déséquilibre qu'elle présentait par l'existence à côté d'une règle de localisation valable pour les personnes et pour les biens, d'une règle de détermination de la loi par les parties au nom d'une autonomie de la volonté, principe depuis longtemps oublié et battu en brèche par la doctrine privatiste. C'est l'idée d'une localisation des rapports de droit qui a permis de reconstruire un système parfaitement équilibré.

L'analogie avec le droit transitoire doit être fructueuse, puisque nous prétendons, en suivant une démarche intellectuelle identique, rétablir l'unité du système en introduisant à la base de la détermination de la loi applicable dans le temps, une idée de localisation représentée dans le temps par une concrétisation, une actualisation, c'est-à-dire en raison de l'optique particulière conférée par la catégorie temps, par la réalisation d'un possible, l'utilisation d'une virtualité. C'est ce qui nous a conduit à rechercher les divers rattachements auxquels peut être soumis un fait, partie du contenu du contrat et qui ne met pas en cause l'existence d'une concrétisation d'un élément de ce contenu à l'époque de la loi ancienne, ce qui conduisait, conformément à ce qui a été dit, à l'application de la loi ancienne acquise dans l'état de nos recherches (308).

124. — Un tel fait peut être rattaché à la loi en vigueur lors de sa survenance. Il s'agit par exemple d'une condition légale de résolution. On se fixerait ainsi sur la loi en vigueur au moment où un élément du contenu de la situation permettrait d'en utiliser les dispositions. Un tel fait, bien qu'il ne pose pas l'existence d'un élément du contenu déjà réalisé sous l'empire de la loi ancienne peut, au

(307) Cf. BATIFFOL, *Traité élémentaire*, pp. 616 et suiv., n^{os} 570 et suiv. ; *Aspects Philosophiques*, p. 245, n^{os} 112 et suiv.

(308) Cf. *supra*, p. 180.

contraire, être soumis à la loi qui a déjà régi une partie des effets de la situation à laquelle il appartient. Deux rattachements sont donc possibles, sans que l'utilisation du principe de non-rétroactivité permette d'en écarter *a priori*, un au profit de l'autre. En effet, dans l'appréciation de la loi applicable aux situations en cours, la notion de rétroactivité est commandée par une certaine relativité, une certaine subjectivité, qui tend précisément à la pluralité des rattachements possibles. Elle conduira ainsi à préférer tel rattachement à tel autre parce que l'interprète aura l'intuition que par la solution qu'il propose, les intéressés ne ressentiront pas ce sentiment de frustration qui n'est pas propre à la rétroactivité, mais à toutes les hypothèses où dans les domaines où ils se confondent, le droit positif et le sentiment de la justice proposent des solutions divergentes. C'est donc à nouveau la confrontation des intérêts en présence qui va nous permettre de préciser une localisation du rapport de droit.

La situation contractuelle met en rapport, comme toute situation juridique, trois plans d'intérêt possibles : l'intérêt de l'Etat, l'intérêt des tiers à cette situation, l'intérêt des parties. Le propre de la situation contractuelle est son objet qui est, par nature, limité à un rapport équilibré entre deux ou plusieurs personnes déterminées qui connaissent ou sont censées connaître les effets de leurs engagements, et sont les seules à en bénéficier ou à en supporter les charges (309) et ce, pour une durée limitée (310). Le contrat constitue à lui seul un complexe de prérogatives et de charges, mais dont les effets sont limités par la détermination préalable et consciente des parties qui constituent le monde fermé où vont se limiter les effets du contrat (310 *bis*). C'est en ce sens que l'on peut ici parler d'autonomie du contrat, dans le sens de ses effets, et non de sa source comme dans la théorie classique de l'autonomie de la volonté. Mais la situation contractuelle ne se caractérise pas uniquement par la délimitation préalable des personnes qui y sont intéressées. Elle doit également avoir une durée distincte qui ne se confonde pas avec celle de la loi ancienne ou celle de la loi nouvelle. Une situation à durée illimitée ne saurait se distinguer des situations soumises aux fluctuations législatives. La délimitation préalable de sa durée est une des conditions qui permettent de concevoir précisément que son contenu ne sera pas rattaché à la loi de survenance en vigueur au moment de l'actualisation de chacun de ses éléments. Il va de soi que par limitation de la durée, on entend

(309) La stipulation pour autrui, la délégation du débiteur supposent en effet une acceptation, pour la première lors de l'exécution, un consentement à la formation pour la seconde.

(310) Cf. RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, *loc. cit.*

(310 *bis*) Sur le droit personnel caractérisé par la prédétermination du sujet passif, cf. RIPERT et BOULANGER, I, p. 291, n° 661.

écarter les situations « permanentes » dont la durée s'identifie à celle de la loi en vigueur, et non les situations à durée indéterminée, mais non pas indéterminables, en raison de la possibilité qu'a chacun des participants d'y mettre fin, sous réserve de la procédure du congé ou du préavis. La situation contractuelle aura une durée distincte parce que limitée, de la loi en vigueur, alors qu'illimitée, elle n'a alors d'autre durée que celle qu'elle emprunte à la *lex temporis*. L'autonomie de la situation qui justifie l'application de la loi ancienne à cet ensemble cohérent qu'elle constitue, se reconnaît donc d'une part à la délimitation préalable de ses destinataires, d'autre part à la limitation de sa durée. La limitation de sa durée répond d'ailleurs à la prédétermination de ses destinataires.

Les tiers ne sont pas directement intéressés par le contrat dont les effets ne peuvent leur nuire (art. 1165 du C. civ.). Celui-ci peut arriver à leur connaissance sous l'empire de la loi nouvelle, mais comme aucune de ses conséquences futures ne peut leur causer grief, il n'y a pas de raison d'appliquer à leur profit la loi de survenance du fait. Ce ne serait que dans la mesure où la situation contractuelle se manifestant objectivement aux tiers, on ne pourra leur imposer d'autre loi que celle dont ils savent qu'elle régit tous les faits semblables à cette situation au moment où elle parvient à leur connaissance (311). Une telle situation sortirait du cadre limité aux parties si, au lieu de rapports à durée limitée, elle posait l'existence d'une situation permanente. Prenons un exemple : des époux passent un contrat de mariage à une époque où la loi permet d'y inclure des réductions à la capacité de la femme. Un contrat de mariage règle les rapports patrimoniaux des époux entre eux (312). Rien ne s'oppose donc à ce que la loi ancienne qui a régi le début de leur situation continue ainsi, même sous l'empire d'une loi qui interdira normalement toute réduction contractuelle à la capacité de la femme. Si la question de la capacité de la femme se pose alors vis-à-vis des tiers, ceux-ci seraient en droit de s'attendre à ce que, nonobstant le contrat, elle ait la capacité prévue par la loi. Ceci délimite la mesure dans laquelle il faudra tenir compte de l'intérêt des tiers pour préciser le rattachement (313).

(311) Sauf évidemment la fraude par un tiers aux droits des parties qui localise les droits du tiers sous l'empire de la loi qui régit leur situation.

(312) Cf. notamment BULTE au S. 1948.2.165, sous un arrêt Cour d'appel, Lyon, 31 décembre 1947.

(313) Un contrat créateur d'une situation susceptible d'intéresser les tiers est bien celui qui aboutit à la constitution d'une personne morale. Dans les rapports entre associés, la prédominance du statut contractuel entraîne la compétence de la loi d'origine. Vis-à-vis des tiers, et les dispositions transitoires spéciales relatives à la publicité et aux délais de régularisation le prouvent, on sort du domaine contractuel pour passer au domaine institutionnel qui, dans les catégories de rattachement du droit transitoire, se partage entre la personnalité juridique (statut

L'Etat, encore qu'intéressé au plus haut point par le mouvement des valeurs économiques, n'a pas d'intérêt immédiat qui puisse justifier un rattachement plutôt qu'un autre. Les particuliers conservent dans un régime capitaliste une compétence de principe à s'occuper qualitativement et quantitativement du mouvement des valeurs. On doit encore considérer que tel est l'intérêt de l'Etat et que si, par exception, il entend réduire cette compétence, il manifeste sa volonté dans une disposition transitoire ou que si, par principe, il entend supprimer cette compétence, le bouleversement du régime est tel que les solutions à trouver ne sont plus de la compétence du droit transitoire.

Si tel n'est pas le régime français, en dépit des progrès de la socialisation, le système collectiviste de l'U.R.S.S. fournit un exemple intéressant d'une activité économique essentielle retirée à l'initiative des particuliers pour être confiée à la direction de l'Etat (314). Nous avons eu en France un contrat dirigé, non seulement par l'effet de la réglementation des conditions du contrat, mais également par l'obligation faite à certains de contracter ou à d'autres de ne pas contracter. Dans le secteur privé, on retrouve à l'échelle des grandes forces économiques une organisation des échanges qui, par le jeu notamment des clauses d'exclusivité et des circuits de distribution, laisse une part minime à l'initiative individuelle dans l'organisation de l'économie (315). Mais il n'y a rien de comparable avec ce qui est réalisé en Union Soviétique où les échanges, dépassant la consommation individuelle, ne se situent que dans le cadre du « Plan » et sans qu'aucune place soit laissée à l'initiative privée (316).

On peut alors, dans un tel système, se demander où réside l'intérêt d'un contrat. « En France, écrit M. le professeur R. David (317), le

personnel) et le régime des biens (statut réel). Comparer la solution en D.I.P. à l'opposabilité d'une séparation de biens contractuelle, néanmoins valable selon la loi étrangère compétente ; C. d'appel Bruxelles, 24 mai 1954, *Rev. crit. D.I.P.*, 1955.708, note H. BATIFFOL ; Aj. SUMIEN, note au D.S., 1955, J: 402.

(314) Cf. ÉLIACHEVITCH : « Le droit contractuel soviétique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1938.403. Cf. id. l'article 251 du Code civil tchèque prévoyant la modification des contrats existants pour les besoins du plan ; CARBONNIER, T. II, vol. 2, p. 393, n° 118.

(315) Cf. Thèse DURY précitée.

(316) Cf. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit comparé* (p. 326) : « Dans l'U.R.S.S., les entreprises du secteur socialiste, étatisé ou collectivisé, ne sont pas libres d'agir comme il leur convient. Elles ont une tâche à remplir, dans le cadre de la loi qui a établi le plan économique de la nation, et elles doivent conclure les contrats qui sont nécessaires à cet effet. » Cf. également R. DAVID et J. HAZARD, *Le droit soviétique*, T. II (par J. HAZARD), pp. 93 et suiv. et particulièrement, p. 63 et suiv., sur la liberté contractuelle, pp. 66 et suiv. sur les modifications des contrats et pp. 68 et suiv. sur l'indépendance des directeurs d'entreprise.

(317) R. DAVID, *op. cit.*, p. 327.

contrat est l'instrument essentiel de la vie économique, il joue un rôle économique de premier plan. Dans l'U.R.S.S., le contrat ne joue pas ce rôle : il n'a pas, ou il n'a presque pas... de valeur économique, puisqu'il ne fait, en somme, que confirmer des obligations, à lui préexistantes, imposées par la loi... Chez nous, le contrat a un rôle essentiellement économique; dans l'U.R.S.S., il a un rôle essentiellement psychologique » (318). Il prend dans un tel système une coloration uniquement morale destinée à stimuler le sens des responsabilités et du respect de la parole donnée (319). Si on ajoute à cela que dans ce régime, le contrat est lié au Plan et subit le contrecoup des modifications nombreuses faites au cours de l'exécution quinquennale, que, par ailleurs, le contrat à ce stade de l'économie collectiviste est soumis du point de vue contentieux à des organismes dont les décisions se prêtent mal à une distinction du judiciaire et du réglementaire (les « Gosarbitraj ») (320) on considérera que le statut contractuel ne justifie plus en raison de l'autonomie du contrat un régime transitoire spécial. Nous sommes loin, en France, d'un tel système et quelles que soient les modifications du capitalisme et les progrès du socialisme, le contrat reste à la base des mouvements économiques.

Rien ne permet donc de penser que l'Etat a intérêt à préférer le rattachement à la loi de survenance du fait qui lui révèle le contrat (321). Tout permet de penser, au contraire, que l'intérêt de l'Etat est dans le bon fonctionnement des contrats existants, c'est-à-dire d'un point de vue immédiat dans la satisfaction des intérêts des parties, compte tenu de la sauvegarde, en cas d'atteinte exceptionnelle, de l'intérêt des tiers (322).

Or l'intérêt des parties au contrat est avant tout l'application à l'ensemble de la situation d'une loi unique. C'est dans cette mesure que nous reconnaissons que l'idée que le contrat est un acte de prévision équilibré est de nature à nous faire conclure que, même pour un fait qui ne remet pas en cause l'existence d'un élément du contenu déjà concrétisé, mais qui se situe pourtant dans le cadre de rapports

(318) Par son insertion dans le cadre du Plan, le contrat participe alors à la catégorie des situations à opposabilité absolue, qui justifie, on le sait, la compétence de la loi nouvelle, tout au moins en ce qui concerne les éléments non actualisés de leur contenu.

(319) *Op. cit.*, p. 328.

(320) Cf. R. DAVID et J. HAZARD, *op. cit.*, T. I^{er} (par R. DAVID), pp. 287 et suiv.

(321) Cf. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, p. 243.

(322) Comparé dans le sens du critère proposé : COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, I, p. 163, n° 254.

connus entre personnes déterminées, dont la prise en considération des avantages et des charges a été faite par référence à un certain régime, n'exige pas l'application de la loi nouvelle. De plus, l'idée que les parties savent qu'elle est la loi d'origine de la situation doit nous incliner à penser qu'un seul rattachement est possible qui tienne compte de toutes ces exigences de l'intérêt des parties. C'est pour cela que nous rattacherons ce fait à la loi d'origine du contrat.

Il reste à se demander si ce rattachement fait en considération de la localisation de l'intérêt des parties ne va pas se trouver compromis par une divergence de l'intérêt des parties.

Par exemple, un contrat usuraire rapporte à l'une des parties, mais ruine l'autre (323). Une telle objection n'a pas d'autre fondement à notre point de vue qu'une ressurgence du sentiment de frustration. Si on entend par intérêt des parties, le bénéfice que les parties peuvent retirer de leur comportement général, il n'est certes pas de l'intérêt de l'emprunteur de se voir obligé à fournir des prestations que la loi juge usuraires. Mais si on entend, et c'est là, semble-t-il, l'acception correcte, par intérêt des parties, non le bénéfice qu'elles retirent finalement de l'opération, mais l'intérêt primordial (324) qu'elles avaient à contracter, et il existe puisqu'elles ont contracté à tort ou à raison. ce qui est valable dans les limites de la bonne foi exigée par l'article 1134, on ne peut nier que cet intérêt se situe à l'époque où elles ont contracté.

125. — On pourra, enfin, rechercher si parallèlement à la solution particulière donnée en droit international privé, on ne pourrait concevoir que l'intérêt des parties au contrat se localise à l'époque de la loi nouvelle, parce qu'elles auraient contracté en un temps où elle n'était pas encore en vigueur (325), mais en pensant à sa promulgation (326).

Un premier écueil doit être écarté. La question ne se pose évidemment que dans la mesure où l'éventualité de la promulgation de la loi nouvelle se présente avec tous les caractères d'une quasi-certitude et où son contenu est suffisamment précisé pour que l'on puisse prévoir sans approximation les modifications apportées à l'ordre juri-

(323) Il va de soi que dans le contrat de service gratuit, seule une des parties semble avoir avantage à l'exécution. Cet intérêt ne s'en localise pas moins au jour où la convention a été passée. Sur le contrat de service gratuit, cf. Thèse BOITARD, Paris, 1941.

(324) Au sens étymologique.

(325) Sur le problème inverse, dans quelle mesure est-on obligé de tenir compte des lois futures, cf. la chronique de CORBES, *Gaz. Pal.*, 7 déc. 1937.

(326) Cf. LE PAVEC, D.S., 1956, Chron. p. 20. A propos du bail d'établissement d'enseignement privé, où le preneur peut opter en cours de bail, pour le régime de la propriété commerciale ou pour celui des loyers.

dique et ce au moment de la formation du contrat. Il va d'ailleurs de soi que ce sera plus tard, à l'époque de la loi nouvelle, qu'on se placera, pour apprécier la possibilité d'appliquer le régime nouveau non seulement aux éléments non concrétisés du contrat, mais, dans l'affirmative, et par contagion en quelque sorte, aux éléments concrétisés, sous l'empire de la loi ancienne.

Nous dépassons ici, il est vrai, les termes du problème tel qu'il a été posé précédemment : il ne s'agit plus ici seulement de contenu n'ayant pas fait l'objet d'une actualisation au temps de la loi ancienne, mais également de celui, localisé antérieurement, et normalement soumis à l'empire de la loi ancienne et, enfin, des conditions de création du contrat soumises à la même loi.

L'idée générale, à la base du rattachement à la loi ancienne, est que la limitation du contrat à des individus déterminés permet de restreindre la localisation en fonction des seuls intérêts des contractants, considérés spécialement dans leur qualité de partie à un contrat déterminé, de même qu'en droit international privé, la localisation du contenu du contrat se fait conformément à l'économie générale du contrat. L'indice de rattachement le plus sûr réside dans l'unité du contrat qui pousse à considérer que l'ensemble constitué par cette situation se localise naturellement au jour de la formation du contrat, ce qui justifie l'application de la loi d'origine au contenu non actualisé du contrat. Mais cette idée d'unité du contrat qui permet cette « survie » de la loi ancienne ne va-t-elle pas avoir pour conséquence et selon un raisonnement inverse du précédent, d'entraîner l'application de la loi nouvelle au contenu et à la création du contrat déjà actualisés ?

Nous dirigerons donc cette étude particulière dans le sens d'une réponse à deux questions : l'application d'une loi nouvelle au contenu non actualisé du contrat en cours est-elle possible en considération d'une localisation de l'ensemble du contrat à l'époque de la loi nouvelle ? En d'autres termes, l'économie du contrat peut-elle rompre ce principe d'unité, inspiré par l'intérêt des parties et pour ce même motif ? Par ailleurs, l'unité du contrat serait-elle de nature à entraîner l'application de la loi nouvelle estimée compétente pour le contenu non actualisé, au contenu actualisé et à la création du contrat ?

Lorsqu'on sait que l'application de la loi ancienne au contenu non actualisé de la situation contractuelle tient à la prise en considération d'éléments propres au contrat considéré, et non aux prescriptions de la norme nouvelle, on n'est pas loin d'admettre *a contrario*, la compétence éventuelle de l'autre loi. La notion de rétroactivité n'apparaît plus ici que comme la conséquence d'une application de la loi nouvelle à un ensemble localisé à l'époque de la loi ancienne. La règle de conflit prescrit ici l'interprétation du contrat pour en définir

l'économie générale, facteur de localisation dans le temps : la rétroactivité résulterait ici de l'application de la loi nouvelle contrairement à l'interprétation du contrat. Mais il convient de dépasser encore cette conception de la rétroactivité, pour rechercher si cette interprétation du contrat, indicatrice valable de la compétence de la loi ancienne, ne doit pas conduire à promouvoir l'application de la loi nouvelle. On arriverait ici à justifier pour le régime transitoire des contrats en cours une règle d'autonomie, dont on sentira sans peine l'étroite parenté avec le processus identique dégagé en droit international privé.

L'unité du contrat qui a permis de découvrir une des alternatives de la loi d'autonomie pourrait-elle, ici, s'opposer à l'application de la loi nouvelle ? Il ne faut pas oublier que l'unité du contrat n'est sous l'angle transitoire que l'expression d'une certaine localisation des intérêts des parties en présence et que rien n'empêche, *a priori*, de concevoir que ceux-ci appellent dans tel cas particulier une localisation à un moment autre de la durée. De plus, il n'est pas exclu de rechercher si cette unité du contrat ne se retrouve, même sous l'hypothèse d'une localisation à l'époque de la loi nouvelle, pour justifier l'application sous forme d'une rétroactivité d'utilité privée de l'application de la loi nouvelle au contenu et à la création du contrat déjà actualisés.

Sur le premier point, qui est au centre du premier aspect de ces développements, nul ne pourra prétendre que l'interprétation du contrat et la définition des intérêts des parties ne seront jamais de nature à concrétiser le contenu non actualisé de la situation contractuelle sous l'empire de la loi nouvelle.

C'est ainsi que l'étude de l'économie générale du contrat pourra conduire à penser que relativement à des prescriptions n'ayant pas fait l'objet d'une concrétisation lors de la formation du contrat, les parties ont entendu soumettre ce contenu du contrat à l'époque où les faits révélateurs se sont manifestés.

Pour des contrats successifs, par exemple, on pourra estimer que l'économie générale du contrat tend à localiser chacune des prestations sous l'empire de la loi en vigueur au moment de leur exécution. Nous n'entendons nullement prétendre, comme certains auteurs, que le contrat successif entraîne, par sa nature, l'application de la loi nouvelle. Ce serait, dans la plupart des cas, une inexactitude. L'échelonnement même à long terme des prestations ne fait pas obstacle à ce que les parties aient considéré le contrat comme un tout. Ce que nous prétendons, c'est que par voie d'interprétation du contrat, on a pu induire du caractère successif des prestations une localisation du contrat à un moment autre que son origine. Dans une autre hypothèse, on pourra imaginer que tel élément du contrat n'ayant pas été

défini conformément et à l'époque de la loi ancienne, sa localisation s'impose au moment de la concrétisation du virtuel qu'il signifiait. Il est fréquent de voir ainsi les parties à un contrat préciser le taux des intérêts moratoires : il y a bien là une concrétisation d'une telle possibilité offerte au contractant, et ce, sous l'empire de la loi ancienne. Mais les cocontractants ont pu simplement préciser que les intérêts de retard s'évalueraient conformément au taux légal de l'intérêt. Le taux sera-t-il celui du jour du contrat ou celui en vigueur lors de la demeure. La réponse sera fournie par l'interprétation du contrat. Si les parties n'ont pas en vue, le taux de l'intérêt légal en vigueur lors de la conclusion, tout porte à croire qu'ils n'ont envisagé les indemnités de retard qu'en fonction du « loyer » de l'argent, essentiellement variable, d'où l'application du taux conformément à la norme nouvelle. Au contraire, si le taux légal pratiqué lors de la formation du contrat et la nature particulière du contrat laissent penser que la conclusion n'a pu être envisagée que conformément à l'état existant, c'est sous l'empire de la loi ancienne que se localise l'ensemble du contrat.

Imaginons, pour combiner les deux hypothèses précédentes, que l'autorité législative fixe un indice moyen des prix et que des contrats contiennent une clause d'indexation conformément à cet indice. Il va de soi, à moins que la clause d'échelle mobile perde rigoureusement toute signification, que la loi applicable à la détermination du prix versé est celle en vigueur lors de l'exécution du marché (327).

D'une façon encore plus générale, on pourra estimer que tout contrat qui, par l'effet d'un terme, reporte à une date ultérieure la détermination d'un élément de son contenu, permet d'envisager une localisation à l'époque prévue et entraîner la compétence de la loi alors en vigueur.

126. — Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 février 1950 illustrera cette proposition (328).

Un contrat de vente ayant pour objet une certaine quantité de vin, produit des dernières récoltes, prévoyait que pour l'ensemble du marché, et y compris les livraisons à intervenir antérieurement, le prix serait celui qui devait être fixé par l'autorité publique sous la forme d'une décision à intervenir au cours de l'exécution du contrat. Il n'y avait pas, à première vue, ici, conflit de lois, puisque la décision qui devait intervenir émanait d'une autorité administrative, mais

(327) Cf. la loi du 6 mars 1958 relative aux contrats se référant à l'indice des 213 articles : BÉRAUD, article in *Rec. gén. lois et jurispr.*, 1958.333. Cf. *id.*, les restrictions qu'imposent désormais la réforme apportée par l'ordonnance du 31 déc. 1958 interdisant toute référence en vue d'une indexation sur le S.M.I.C. et le niveau des prix, applicable aux conventions en cours (art. 79, § 3).

(328) Cass. civ., 28 févr. 1950, J.C.P. 1950.5599, note BECQUE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 369, obs. CARBONNIER ; *Rev. trim. dr. com.*, 1950, p. 459, obs. HÉMARD.

compte tenu de ce que la compétence du ministre dans la taxation du prix était discrétionnaire, sauf à respecter les conditions de forme, on peut admettre qu'on se trouvait dans une situation telle qu'elle permet l'analyse transitoire. On pouvait donc considérer qu'il y avait un contrat de vente dont l'un des éléments, le prix, en ce qui concerne sa quotité (329), appartenait au contenu et serait déterminé par référence non à la loi en vigueur au moment de la formation du contrat, mais à celle en vigueur au moment de son exécution.

La localisation de l'un des éléments du contenu se faisait dans l'espèce rapportée ci-dessus à un moment autre que celui de la formation du contrat. La Cour de cassation a admis cette solution.

Comme l'a fait observer M. le doyen Carbonnier (330) à propos de cette décision, « le prix limite annuel avait donc vocation naturelle à saisir la production de l'année..., sans s'arrêter à la date des opérations juridiques qui avaient pu déjà se dérouler » (331). L'économie générale d'un tel contrat permettait de localiser la détermination du prix à l'époque de la loi nouvelle, car c'est bien en fonction de chaque récolte et de son prix de revient que la taxe était fixée annuellement.

Et la solution était si évidente et si conforme à l'intention des parties, que l'acheteur n'avait demandé l'annulation du marché pour les livraisons à effectuer qu'à titre subsidiaire, réservant le principal de son action pour les livraisons faites à l'époque de l'ancien tarif. C'était d'ailleurs méconnaître l'esprit d'un tel contrat qui parlait bien d'un marché d'ensemble conclu pour un seul prix, à déterminer ultérieurement. Mais l'acquéreur pensait ici qu'en réclamant la nullité du contrat pour les livraisons effectuées à l'époque de l'ancien tarif pour un prix contraire à la taxe en vigueur, il risquait bien d'atteindre le contrat dans ses effets à l'époque de la nouvelle taxation. En effet, dans la mesure où l'application du nouveau tarif à un élément du contenu constitue une condition d'existence du contrat, telle que la non-application de la norme nouvelle, constitue la défaillance de la condition et entraîne la résolution du contrat, on tend à sou-

(329) En effet, le prix, quant à son existence, sinon quant à sa quotité, est une condition d'existence de la vente, et non un élément du contenu (art. 1583 C. civ.).

(330) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(331) L'éminent auteur poursuit en faisant remarquer que les lois de taxation s'appliquent plus à la marchandise qu'aux contrats ; cela sera-t-il donc en fonction d'un rattachement distinct, qu'on aurait dû décider l'application de la taxation nouvelle. La loi de taxation ressortirait plus du régime des biens que du régime des contrats et justifierait l'application de la loi nouvelle, nonobstant toute localisation voulue par les parties. Il y a là une solution acceptable en ce qui concerne les livraisons non encore effectuées : mais que dire alors de celles actualisées à l'époque de l'ancien régime ? Seule une actualisation particulière voulue par les deux parties sera de nature à entraîner l'application de la loi nouvelle.

mettre la formation même du contrat à la loi nouvelle, au détriment de sa localisation sous l'empire de la loi ancienne (332) : la possibilité d'une telle rétroactivité d'intérêt privé est-elle concevable ? C'est, là, le second aspect de la question.

L'application de la loi nouvelle au contenu actualisé et à la création du contrat nous transporte très en deçà de l'hypothèse qui nous a servi de point de départ : elle démontre que l'appel aux catégories de rattachement ne doit se faire qu'au degré ultime de l'analyse et ce pour la seule détermination de la loi applicable au contenu non actualisé du contrat. Le contenu actualisé et la création ont déjà fait l'objet d'une concrétisation suffisamment précise et indépendante du genre de la situation considérée, pour que l'application de la loi nouvelle au contenu non actualisé et à la création ne puisse se concevoir en dehors d'un effet rétroactif. Il y aurait là une rétroactivité justifiée par l'unité du contrat.

Mais, faut-il le rappeler, l'idée d'unité du contrat n'est que le résultat d'une interprétation des intérêts présentés par la situation du contrat qui conduit à l'application au contenu révélé à l'époque de la loi nouvelle du régime ancien. C'est dire qu'elle est impuissante à éviter que les conditions d'existence du contrat et les éléments déjà actualisés soient soumis à une autre loi que celle sous l'empire de laquelle ils s'actualisent indépendamment de tout rattachement tenant à la catégorie de la situation considérée, hors de propos à ce stade de notre analyse.

L'application de la loi nouvelle n'est donc concevable à l'ensemble de la situation contractuelle que dans la mesure où le régime nouveau n'est pas incompatible avec la fraction déjà actualisée du contrat, ce qui se rencontre dans l'hypothèse de la similitude des normes substantielles successives quant aux conditions d'existence du contrat et quant aux effets déjà produits, ou de celle du caractère supplétif des prescriptions de la loi ancienne qui y sont relatives. De plus, et c'est l'aspect complémentaire de la question posée, l'application de la loi nouvelle au contenu peut supposer réalisées des conditions supplémentaires posées par la loi nouvelle. C'est conformément aux restrictions contenues dans ces deux idées directrices que nous consacrerons quelques lignes à l'étude de l'application de la loi nouvelle à la situation contractuelle déjà actualisée, en considération de l'unité

(332) La Cour de cassation l'a si bien senti, tout en semblant ne pas prendre conscience de l'aspect transitoire du problème posé, qu'elle a insisté sur l'absence de condition que constituait le fait de soumettre à un terme suspensif la détermination du prix. Une telle condition, en effet, contraire à la taxation en vigueur, aurait provoqué la nullité du marché. Néanmoins, l'augmentation du prix taxé étant attendue, on ne peut nier sur le plan pratique qu'il n'y avait en l'espèce qu'assez peu de différence de conséquences entre une condition à réalisation quasi certaine et un terme suspensif.

du contrat (333). Nous insisterons surtout sur les conséquences de l'application de la loi nouvelle au contenu du contrat relativement à ses conditions d'existence localisées sous l'empire de la loi ancienne.

On ne perdra pas de vue que l'application de la loi nouvelle en deçà de la date de son entrée en vigueur ne se conçoit que dans la mesure où la loi ancienne, compétente normalement avec son propre ordre public, ne l'interdit pas formellement.

127. — Les conditions d'existence du contrat tiennent, d'une part, à des conditions de forme, d'autre part, à des conditions de fond. A quelques exceptions près, les conditions de forme du contrat sont réduites depuis fort longtemps au strict minimum. On en exclura nécessairement tout ce qui a trait au régime de la preuve préconstituée qui n'entre pas dans les conditions d'existence du contrat. Aussi, sur le plan pratique, il ne se posera pas ici de difficulté substantielle.

Toutefois, sur le plan d'une théorie générale, on peut admettre qu'il existe des formalités, condition d'existence du contrat. Les formalités peuvent être exigées par la loi nouvelle et être ignorées de la loi ancienne.

L'application de la loi nouvelle à l'ensemble du contrat entraînerait, à l'époque de la loi nouvelle, la nécessité pour les parties qui ont entendu localiser leur contrat à l'époque de la loi nouvelle à une régularisation *a posteriori* de la situation contractuelle. Une telle régularisation est prévue dans des hypothèses voisines par la loi nouvelle déclarée expressément applicable aux contrats en cours (334). L'unité du contrat ne souffrirait d'ailleurs pas de l'application de la loi ancienne aux conditions d'existence du contrat, dans la mesure où les formalités exigées par la loi nouvelle ne sont pas liées au contenu nouveau du contrat selon cette législation. C'est ainsi qu'une loi nouvelle qui donnerait un effet au contrat à l'égard des tiers que ne connaissait pas la loi ancienne et imposerait de ce fait une formalité de publicité, exigera cette régularisation *a posteriori*. En dehors de cette hypothèse, on pourra donc concevoir, soit l'application de la loi ancienne aux conditions de forme du contrat, soit la régularisation conformément à la loi nouvelle, alternative dont la solution peut être laissée sans inconvénient aux parties. C'est ainsi qu'un formalisme protecteur du consentement des contractants imposé par la loi nouvelle, n'en laisse pas moins subsister les contrats déjà formés et est sans lien

(333) On ne perdra d'ailleurs pas de vue que le caractère transitoire de la situation considérée peut être dissimulé par l'accord des parties (une antidate par exemple).

(334) Cf. les dispositions imposant une publicité *a posteriori* aux contrats de mariage antérieurs, par exemple.

avec le contenu des obligations. En conséquence, des conditions de forme sans lien avec le contenu du contrat retirent tout intérêt au problème posé : l'unité du contrat ne souffre pas de l'application de la loi ancienne à ces seules conditions de forme, et l'autorité de la loi nouvelle n'a subi nulle atteinte puisqu'elle respecte normalement les situations antérieurement créées.

Au contraire, si les formalités exigées par la loi nouvelle sont étroitement liées au contenu du contrat, l'unité du contrat qui va désormais entraîner les effets voulus par la législation postérieure à sa formation exige une régularisation *a posteriori* de la situation créée à l'époque de la loi ancienne. La solution n'est pas ici sans rappeler l'application législative, et non plus conventionnelle, des lois nouvelles au contenu de certaines situations contractuelles. D'un point de vue pratique, il est d'ailleurs infiniment probable qu'une loi nouvelle qui modifierait, en regard d'un formalisme, le contenu des situations contractuelles, prévoirait une telle régularisation. On sera de même d'ailleurs appelé à rechercher ultérieurement si la loi nouvelle n'a pas ici pour effet de modifier le rattachement de l'ensemble de la situation considérée.

Si les conditions de forme étaient exigées par la loi ancienne, et ont disparu sous l'empire de la loi nouvelle, il conviendra de rechercher, au préalable, si la volonté des parties de rattacher le contrat à la loi nouvelle ne constitue pas une fraude tendant à écarter l'application de la loi normalement compétente (335). Même si une telle fraude n'existe pas, la non-observation des formes prescrites aura entraîné la nullité du contrat qui ne prendra vie qu'à l'époque de la loi nouvelle si les intéressés se mettent dans les conditions voulues par la loi nouvelle, ce qui sort évidemment des données de notre problème. On n'ignore pas, par ailleurs, que la loi nouvelle ne peut, sans rétroactivité, faire revivre des situations qui n'ont pu exister sous l'empire de la loi ancienne, contrairement à la théorie de la convalescence des actes nuls sous l'empire d'une loi antérieure. La formation de la situation contractuelle nouvelle ne soutiendra donc pas l'assimilation à la confirmation des actes nuls.

L'observation des formes prescrites par la loi ancienne serait considérée à l'époque de la loi nouvelle comme superfétatoire. Il est donc sans conséquence pour l'unité du contrat et pour l'autorité de la loi nouvelle que de telles formes président à la création d'une situation que les parties ont entendu localiser à l'époque de la loi nouvelle.

(335) On concevrait ici assez bien une fraude à la loi, normalement compétente, qui rappellerait une situation identique rencontrée dans le conflit dans l'espace; cf. *contra* : CARBONNIER, *Manuel*, T. II, vol. 2, p. 390, n° 116.

En ce qui concerne les conditions de fond, il ne fait pas de doute que l'unité du contrat, facteur du rattachement dont nous connaissons l'importance, risque d'être mise en péril par l'application de la loi nouvelle au contenu du contrat. On sait, en effet, que le contenu s'apparente très étroitement aux conditions du fond de l'existence du contrat. Appliquer la loi nouvelle au contenu du contrat déjà actualisé sans l'appliquer aux conditions de fond soulèverait des difficultés sérieuses. Par ailleurs, de même qu'en matière de conditions de forme, les conditions de fond exigées par la loi ancienne ont dû être réunies, à défaut de quoi il n'y aurait pas eu de situation contractuelle valablement créée (336). Enfin, s'il s'agit de conditions de fond exigées par la loi nouvelle, il y a, *a fortiori*, tout lieu de penser que pour bénéficier de l'application de la loi nouvelle au contenu du contrat antérieur, une régularisation aux termes de la loi nouvelle sera ici nécessaire.

Les liens sont tels, en matière contractuelle entre création et contenu, qu'il y aura lieu de prendre garde, pour l'application de la loi nouvelle, à ce qu'un élément du contenu ne soit pas la condition d'existence d'un élément nécessaire à la création du contrat. Auquel cas l'application ou la non-application de la loi nouvelle au contenu du contrat reviendrait à dispenser, à l'époque de la loi ancienne, la création du contrat d'une de ses conditions de fond (337).

128. — Ces développements nous ont donc permis de remettre dans les limites que comportait sa signification et sa fin transitoire, l'idée d'unité du contrat et de préciser, par une sorte de contre-épreuve, à quel moment il convenait d'utiliser les catégories de rattachement dégagées précédemment.

L'analyse du contenu non actualisé des situations antérieures nous a donc amené à distinguer les situations autonomes des situations à opposabilité absolue, non autonomes, correspondant au moins par-

(336) On rappellera le caractère relatif et contingent d'un certain ordre public (cf. *infra*, p. 304). C'est ainsi que les parties à un contrat frappé de nullité d'ordre public à l'époque de sa formation, pourrait, au nom de la qualification nouvelle qui prévaut, renoncer à demander, à l'époque de la loi nouvelle, la nullité. Il y a ici une sorte de confirmation rendue possible par la disparition du caractère d'ordre public de la sanction prévue par la loi ancienne. Cf. C. appel Poitiers, 18 déc. 1952, D., 1954.519. Cf. pour cette solution expressément prévue par la loi nouvelle ord. 19 déc. 1958, modifiant l'art. 1841 du Code civil et l'article de M. le doyen HEMARD, D., 1959, p. 27 et surtout p. 30.

(337) Une telle différenciation entre le régime de la forme des actes et leur contenu, se rencontre encore en droit international privé avec la règle supplétive *locus regit actum*. On retrouve ici la transposition de cette règle dans son expression temporelle *tempus regit actum*. Dans le cas le plus fréquent, où l'ensemble du contrat se localise au moment de sa formation, la règle *tempus regit actum* intéresse alors le contenu de la situation contractuelle. C'était également en D.I.P. la signification première de la règle *locus regit actum*.

tiellement et sur le terrain du résultat et non de la justification à la distinction entre les situations contractuelles et les situations légales.

Cette idée d'autonomie dans la durée et les effets consacre une distinction qui justifie la considération de cohésion et d'unité suffisamment déterminante pour suggérer un sentiment de rétroactivité au cas où l'on appliquerait la loi nouvelle au contenu d'une situation autonome, ainsi définie.

Le signe auquel on reconnaîtra la situation autonome dont le contenu non actualisé est soumis à la loi que dicte l'intérêt des personnes qui y sont parties, tient à la limitation des effets de cette situation à des destinataires prédéterminés (338), et de sa durée exclusive d'une permanence qui relèverait d'une situation à opposabilité absolue. La situation autonome exprime un particularisme qui justifie l'application de la loi la plus apte à la régir, indépendamment de ce que l'unité de législation exige l'application de la loi nouvelle. Ce particularisme est révélé par la limitation à un cercle restreint et pour un temps limité, des effets de cette situation. Il conduit, dans le doute que constitue la localisation du fait présent complexe, à promouvoir le rattachement de la loi d'origine, qui correspond, sauf volonté contraire exprimée, aux prévisions des intéressés. Nous avons désormais à notre disposition tous les éléments nécessaires et suffisants à la formulation de la règle de conflit.

SECTION III

LA RÈGLE DE CONFLIT

129. — Les éléments d'une solution du conflit dans le temps ayant été rassemblés, il nous appartient maintenant de présenter une règle de conflit qui constituera la synthèse de l'examen analytique poursuivi jusqu'ici.

La règle de conflit de lois dans le temps se ramène à résoudre l'alternative posée par la succession de deux lois dans le temps relativement à la détermination de la loi applicable à une situation donnée. La règle indiquera comme norme substantielle compétente, soit la loi nouvelle, soit la loi ancienne.

Toutefois, l'intérêt qu'il peut y avoir à utiliser la règle de conflit

(338) Un exemple des conséquences transitoires de cette prédétermination est fourni à propos de la stipulation pour autrui. Les droits du tiers bénéficiaire, déterminable dès la formation du contrat, doivent être définis par la loi en vigueur au jour du contrat. Cf. Trib. féd. helvétique, 4 juin 1887, 19 janv. 1894, cité par ROUBIER, T. II, p. 171.

est dicté par la recherche préalable de l'existence du conflit. Il va de soi que si le conflit n'existe pas, il n'y a pas lieu à application de la règle de conflit. Ce qu'il est important de noter, c'est que bien souvent les motifs qui ont abouti à éviter le conflit ont été inspirés par des tendances analogues à celles qui ont dicté les développements antérieurs qui nous conduisent à présent à formuler la règle de conflit.

C'est ainsi que l'absence de conflit peut venir de dispositions transitoires substantielles, incluses dans la loi nouvelle et qui ont pour but de définir le champ d'application de la loi nouvelle. De telles prescriptions, si elles relèvent de l'étude du droit transitoire, excluent néanmoins, *a priori*, l'existence du conflit et par là même l'utilité en l'espèce de la norme de conflit. Il demeure que ces dispositions transitoires peuvent avoir eu un but identique à celui que pourrait avoir la règle de conflit, c'est-à-dire appliquer à un rapport de droit la loi sous l'empire de laquelle il se localise. Parfois, au contraire, des dispositions transitoires spéciales ont délimité les champs d'application respectifs des lois ancienne et nouvelle à la seule lumière de principes étrangers à la localisation dans le temps des situations juridiques en faisant, suivant les cas et en vue de fins étrangères à la méthode transitoire, la part belle à la loi ancienne ou à la loi nouvelle. A cette dernière hypothèse se rattache, comme on l'a vu précédemment, les clauses de rétroactivité, à la première les clauses d'application différée.

Les dispositions transitoires spéciales ont habituellement un caractère substantiel, ce qui les oppose à la règle de conflit. La règle de conflit conduit à une adéquation d'une situation juridique donnée à une loi qu'elle détermine en considération du rapport de droit. Les dispositions transitoires substantielles définissent les modalités d'application de la loi nouvelle aux situations existantes (339).

Le lien subsiste néanmoins entre les deux types de normes. Tout d'abord, les dispositions transitoires substantielles peuvent, sans avoir été nécessairement mal rédigées, donner lieu à une interprétation, qui se réfère par sa nature à la solution des difficultés nées de la succession des lois dans le temps, qui ressort donc de la règle de conflit (340).

(339) Sur le droit transitoire substantiel (dispositions transitoires spéciales, lois confirmatives, lois de transition, lois de dispense, etc.), cf. *Travaux commission réforme C. civil*, IV, pp. 263 et 264; égal. ROUBIER, *Théorie générale*, n° 4; pp. 28-29, *supra*, p. 143, n° 80.

(340) Cf. pour les textes relatifs aux baux commerciaux, jurisprudence abondante précitée.

On citera la loi du 20 mars 1954 sur le régime des cotisations de Sécurité sociale des clercs de notaires qui, après avoir confirmé son caractère interprétatif et redresseur d'errements jurisprudentiels, déclare ne s'appliquer qu'aux exercices postérieurs, conformément à la règle de conflit. Cf. sur cette question, nos observations sous une décision de la Commission régionale d'appel de la Sécurité sociale de Lille du 26 mai 1954, in *Journal des Notaires*, 1954.605.

Ensuite, on a pu se demander pour des dispositions transitoires incluses dans des lois de grande importance, si celles-ci ne posaient pas des directives valables pour la solution de tout conflit de lois en général, quand bien même les contenus du texte n'auraient eu en vue que l'application dans le temps de la loi considérée.

Mais dès lors qu'une situation soulève le problème de sa soumission éventuelle à une loi autre que la loi en vigueur au moment où cette question se pose et que la loi en vigueur (*lex temporis fori*) ne prévoit pas clairement les situations qu'elle régit, on se trouve en présence d'un conflit de lois dans le temps, dont la solution sera donnée par la règle de conflit.

130. — On sait que la règle dégagée des éléments du conflit, tend à appliquer à une situation juridique donnée la loi correspondant à l'actualisation des rapports de droit qu'elle contient. Il est apparu que la loi la plus apte à régir le composant d'une situation était la loi sous l'empire de laquelle il parvenait à une existence concrète. Nous avons vu également que cette localisation dans le temps était relativement aisée pour les manifestations déjà localisées d'une situation juridique donnée, mais pouvait présenter des difficultés sérieuses pour leur contenu non encore actualisé, en raison du lien étroit qui pouvait exister entre un possible et un réalisé d'une situation. On était ainsi amené, en considération de certaines situations, à rattacher un élément de leur contenu, non au moment où il signalait son existence concrète, mais à une loi d'origine de la situation. Il y avait dans cette dernière hypothèse une actualisation médiate : et la contre-épreuve en était fournie, qui aurait conduit à qualifier d'effet rétroactif, l'application à un élément de ce contenu d'une loi autre que celle désignée par l'actualisation immédiate.

La règle de conflit ainsi dégagée permet de la considérer essentiellement sous la forme d'un processus, dont chaque degré est franchi par l'utilisation d'une même méthode, propre au droit transitoire, celle de l'actualisation ou de la localisation dans le temps.

Une première distinction conduit à opposer le contenu d'une situation aux opérations qui ont abouti à sa création. En effet la création d'une situation juridique, par rapport au contenu qui n'a pas toujours été actualisé, révèle une localisation rigoureusement nécessaire à un moment de la durée, et hors de laquelle l'existence de la situation n'est pas concevable. La règle de conflit désigne pour la création d'une situation la loi en vigueur au moment où se sont déroulés les

faits générateurs de cette situation (341). C'est également à ce stade qu'il convient de rechercher si une situation créée par la loi nouvelle fait appel à des faits localisés à l'époque de la loi ancienne, ou se réfère simplement à un état de fait existant lors de la promulgation de la loi nouvelle et soumis, lui, au contraire des faits passés et localisés, à la loi nouvelle.

Une seconde distinction opposera alors le contenu déjà actualisé au contenu de la situation non parvenu, jusqu'au moment où la question de conflit se pose, à une existence concrète.

En ce qui concerne les effets produits à l'époque de la loi ancienne, ou, si l'on préfère, les modifications apportées à l'ordre juridique par la concrétisation des normes incluses dans la situation, la règle de conflit désigne comme loi compétente la loi de survenance des faits.

Pour ce qui est du contenu non actualisé des situations en cours, une dernière distinction nous amènera à opposer les situations dont le contenu non localisé s'actualise immédiatement et se rattache à la loi nouvelle, et les situations pour lesquelles le rattachement de chaque élément du contenu ne se conçoit qu'à une loi unique.

La localisation ne peut plus se faire alors directement, car l'apparence est parfois trompeuse. Ici intervient une localisation par qualification, par analyse juridique, justifiée par la complexité éventuelle du fait présent (342). Ce troisième degré de notre analyse nous a conduit à distinguer les situations nées des contrats, des situations intéressant l'état des personnes et le régime des biens. On a mis en valeur, à propos des contrats, que l'unité du contrat et la limitation de ses effets conduisaient à rechercher l'application d'une loi conforme aux intérêts en cause, qui ne pouvait être que celle sous l'empire de laquelle se localisait l'accord des volontés, créateur de cette situation, soit en principe et le plus souvent, la loi d'origine du contrat. Pour l'autre catégorie, au contraire, l'effet de ces situations, dépassant le cadre des intérêts immédiats de leurs titulaires, exigeait l'application de la loi de survenance des faits du contenu.

A ce stade ultime de notre processus, on distingue donc deux catégories de rattachement, correspondant à deux régimes transitoires distincts : le régime des situations nées d'actes à durée limitée

(341) Nous ne nions pas ici que des difficultés particulières à la création de certaines situations peuvent tenir à ce que celles-ci ne sont pas réalisées simultanément, mais successivement de sorte que l'on peut craindre que chaque fait constitutif soit soumis à une loi différente. Seul le fait qui entraîne la création parfaite de la situation est utilisable pour la localisation de la création, encore que chaque fait antérieur soit de nature à produire certains effets propres prévus par les lois sous l'empire desquelles ils se sont actualisés. Cf. notamment, déjà cité, Cour d'appel Paris, 5 nov. 1955, *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.43, obs. H. B.

(342) C'est ici la règle, c'était l'exception pour la détermination de la création d'une situation juridique.

et à destinataires déterminés, et le régime des situations à opposabilité générale.

Au statut contractuel, nous préférons la dénomination de situations nées d'actes à destinataires déterminés (343) qui, en principe, est plus restrictive et plus représentative du rattachement qu'elle entraîne. En effet, dès lors que le contrat dépasse cette limite pour intéresser les tiers à la situation ou pour porter sur des matières qui, telles que l'état ou le régime de la propriété, sont d'une opposabilité générale, il est justiciable d'un autre rattachement, car il sort des critères fournis par la justification de l'application de la loi ancienne.

La dénomination de situations à opposabilité générale, encore que l'on sache qu'elle groupe le régime des biens et l'état des personnes, nous a semblé préférable, en ce sens qu'elle évite l'équivoque qui pourrait résulter de ce qu'elle recèle des hypothèses qui dépassent une acception restreinte que l'on pourrait donner, par exemple, au statut réel, qui comprend ici les créances, considérées comme une valeur économique comme un bien détaché de l'acte qui lui a donné naissance. C'est, enfin, à propos du régime transitoire du contenu d'une situation juridique, qu'il convient de rappeler que quelle que soit la loi que suivent les éléments actualisés ou non actualisés qui le constituent, il convient de considérer comme une situation nouvelle, connexe à la situation transitoire considérée, tout ce qui intéresse l'exercice des droits afférents à la situation ancienne (preuves, sauf preuves préconstituées et présomption, procédure), dès lors que cet exercice des droits n'a pas été concrétisé à l'époque de la loi ancienne (pour la procédure par exemple, un jugement sur le fond est intervenu) (344).

Les catégories de rattachement exigent une qualification de la situation donnée qui soulève des problèmes d'interprétation des

(343) Cf. M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE qui parle d'actes juridiques à but économique, *Précis*, p. 281, n° 248.

(344) Rappelons en résumé que la règle de conflit désigne la loi ancienne pour régir : 1° les opérations ayant abouti à la création d'une situation née sous l'empire de la loi ancienne (*supra*, n°s 104 et suiv.) ; 2° les effets déjà réalisés de ces situations (*supra*, n°s 112 et 113) ; 3° les effets non encore réalisés des situations nées d'actes à destinataires déterminés, si telle est la localisation de l'ensemble des éléments de cette situation (*supra*, n°s 119 et suiv.). — La loi nouvelle pour régir : 1° les effets non encore réalisés des situations d'opposabilité générale (*supra*, n°s 117 et 118) ; 2° les effets réalisés ou non encore réalisés des situations nées d'actes à destinataires déterminés, si telle est la localisation de l'ensemble des éléments de cette situation (en insistant sur le caractère exceptionnel d'une telle localisation), et dans la mesure du caractère supplétif des dispositions de la loi ancienne (*supra*, n°s 125 et suiv.) ; 3° la création et le contenu de situations nouvelles, la question de conflit ne s'est posée pour elles que parce qu'il s'agissait de situation nouvelle créée par la loi nouvelle se référant à un état de fait existant lors de la promulgation. Situation nouvelle relative à la procédure ou à l'exercice des droits relevant d'une loi ancienne.

situations considérées et aussi de la règle de conflit dont la solution sera donnée plus loin.

131. — Nous insisterons sur le fait que ces catégories de rattachement n'entrent en lice qu'au stade ultime du processus de conflit. Elles sont inutiles dans la mesure où le conflit peut être résolu par la localisation directe des rapports considérés à l'époque de la loi ancienne. La localisation par qualification dans une catégorie de rattachement n'intervient que pour le contenu des situations en cours, n'étant jamais l'objet d'une localisation par actualisation à l'époque de la loi ancienne.

On ne perdra pas de vue également que la qualification qui intervient au stade ultime du règlement de conflit, se fonde sur des considérations temporelles, encore que coïncidant avec un aspect matériel des classifications proposées : en effet, par-delà l'élément du contenu susceptible de plusieurs rattachements, on a recherché l'intérêt dominant et on l'a situé sur le cours de la durée pour en conclure de la loi applicable.

La méthode demeure une, tout au long du processus de solution : elle se fonde sur cette idée de localisation, jugée au départ essentielle. On constatera néanmoins, du point de vue méthodologique, que la localisation par actualisation s'oppose à la localisation par qualification : cette distinction trouvera son utilisation quand nous confronterons la règle de conflit avec le milieu juridique où elle trouve son application (345).

La localisation par actualisation fait appel à la vérité philosophique et logique, c'est-à-dire tient pour un donné le résultat d'une science antérieure, encore que nous prenions soin de ménager la possibilité d'une conception, qui dépasse le problème juridique, d'une relativité de la vérité philosophique, ou plus généralement, de la vérité scientifique.

La localisation par qualification est, au contraire, l'œuvre du juriste : elle relève du « construit » et non du « donné », en raison précisément de l'impuissance de l'observation scientifique ou de la réflexion philosophique de fournir la localisation demandée. Expression d'une vérité, seulement juridique, la localisation par qualification relève de sa contingence et de sa relativité (346).

La localisation par actualisation ne fait pas appel à une réflexion proprement juridique, puisqu'elle est fondée sur l'analyse philosophique de la survenance du fait, par passage de l'abstrait au concret,

(345) Comparer DABIN, *op. cit.*, p. 304 ; également p. 285.

(346) Nous ne nions pas d'ailleurs que dans le détail de sa mise en œuvre, la localisation par actualisation ne suppose une part minime de construit.

Cf. MOTULSKY : Principes d'une réalisation méthodique du droit privé.

par la mise en « forme » de la matière (347). En regard du « construit » juridique, elle s'analyse donc en un réel, encore que nous ne prétendions nullement que dans le domaine philosophique, elle ait la valeur d'une vérité absolue, ce qui sortirait de notre compétence. Pour s'opposer, sur le plan juridique, à la réalité d'une telle localisation, il faut nier la vérité objective qu'elle représente, ce qui ne peut se faire que par le procédé de la fiction. C'est en ce sens que nous estimons que la rétroactivité a la valeur d'une fiction, mais uniquement dans le cadre du fait localisé par actualisation sous l'empire de la loi ancienne. Pour le contenu des situations localisées par qualification, sous l'empire de la loi ancienne, l'application de la loi nouvelle ne va qu'à l'encontre d'une vérité construite par le juriste. On comprend alors pourquoi M. Roubier se refuse à parler de rétroactivité dans l'hypothèse de l'exclusion de la règle de survie. Mais selon notre opinion, l'idée de rétroactivité demeure dans les deux cas une atteinte à un rapport de droit localisé sous l'empire de la loi ancienne. Dans un cas, cette localisation résulte de considérations métajuridiques, dans l'autre, elle a fait appel à une construction juridique, dont la valeur ne peut être mise en cause en un moment et en un lieu donnés, où une seule vérité, du point de vue juridique, est admise.

Selon M. Dabin (348), on ne saurait trouver de fiction dans la rétroactivité d'une loi, car il n'y a rien d'illogique à ce qu'une loi rétroagisse. L'éminent auteur estime, en effet, qu'« il n'est pas de l'essence logique de la loi de ne s'appliquer qu'aux situations nées après le moment où elle est promulguée ». Il n'est certes pas douteux que la logique, la vérité scientifique, n'ont rien à voir avec l'application de la loi nouvelle aux situations en cours. Nous pensons toutefois que ce n'est qu'au prix d'une fiction qu'on peut admettre que le fait qui a été soumis à la loi en vigueur lors de sa survenance, va se trouver « *ex post facto* », soumis à une loi nouvelle. L'application de la loi nouvelle au contenu non actualisé de certaines situations est du domaine de la vraisemblance, née du construit juridique, qui doit être tenue pour vraie, mais conformément à la relativité des lois, seulement dans un lieu et à un moment donnés. L'application de la

(347) Cf. déjà MAILHER DE CHASSAT (p. 125), qui écrivait : « Or, comment supposer que la loi ne dépouille par sa disposition d'aujourd'hui, de ce qui se trouvait réglé hier d'une manière différente par l'effet d'autres dispositions qu'elle n'avait pas encore anéanties. Le droit étant nécessairement fondé sur la raison, il faut dire que là où la raison serait renversée, le droit n'existerait plus » (p. 131). « Dans mon esprit, l'idée de la loi est inséparable de la justice et de la raison. »

(348) *Op. cit.*, *loc. cit.* M. DABIN a-t-il été influencé par LAURENT (*Principes de droit civil*, I, p. 223) pour qui, la non-rétroactivité n'est pas de l'essence de la loi. Le juge pourrait, selon une opinion qui rappelle celle de M. PACCHIONI (cf. *supra*, p. 134), très légitimement rechercher s'il existe un intérêt général pour que la loi trouve son efficacité la plus étendue.

loi nouvelle aux faits passés et qualifiés par la loi ancienne va à l'encontre de la chronologie, d'une vérité scientifique : c'est, selon la propre définition du maître de Louvain, une fiction (349). Cette constatation aura son utilité lorsque nous étudierons la règle de conflit dans le cadre du milieu juridique ambiant.

Cette règle de conflit qui vient d'être dégagée, tant à partir d'une étude des données historiques du droit transitoire que d'une analyse du conflit des lois dans le temps, doit être à présent confrontée avec l'ensemble du milieu juridique et tenir compte, elle aussi, et à son niveau, de l'évolution du droit dans le temps et de sa différenciation dans l'espace (350). Il y a là un problème d'harmonisation qui dépasse la règle de conflit et qui, en même temps, en fournira les limites. Il pose en tout cas la nécessité d'une interprétation de la règle de conflit dans cette perspective.

(349) Sur la définition de la fiction, cf. DABIN, *op. cit.*, p. 275.

(350) Nous ne fournirons pas sur ce dernier point de développements, s'agissant ici du D.I.P. transitoire (cf. thèse GAVALDA, précitée), qui ne saurait trouver d'exposé particulier dans le cadre d'une simple approche d'un système général de conflit de lois dans le temps.

« Si tu penses que les principes des choses peuvent s'arrêter, et, en s'arrêtant, continuer d'engendrer de nouveaux mouvements, tu t'égaras et te fourvoies bien loin de la vérité. »

LUCRÈCE.

CHAPITRE III

TECHNIQUE DU CONFLIT ET MILIEU JURIDIQUE

132. — La tentative d'élaboration de la règle de conflit qui a été faite au chapitre précédent, nous a amené à construire un système, qui n'ignorait certes pas les modifications du droit au cours de la durée, puisqu'elles en étaient l'objet, mais l'effort d'abstraction et de construction auquel nous nous sommes livré, nous a contraint à détacher du cours du temps la règle de conflit. La règle de conflit, en effet, fait partie de l'ensemble juridique, et elle doit être construite pour en supporter la mobilité. Mais la « praticabilité » de la règle doit nous faire redouter la tentation d'une fidélité exagérée au réel qui détruirait la compréhension de la construction réalisée, au profit de son extension. Le juriste est un peu comme le géomètre qui voulant donner à son dessin la fermeté des lignes droites, en est réduit, pour suivre une circonférence, à en tracer le polygone circonscrit.

C'est dire que la règle de conflit doit bien être considérée comme incluse dans l'ensemble du milieu juridique dont elle fournit une norme, et dont elle subit les fluctuations. Il y a là une application de la nécessité, bien souvent dégagés, de tenir compte en droit transitoire, du facteur temps. Mais si la règle de conflit est soumise aux évolutions de l'ordre juridique, ses assises logiques ne doivent pas

être oubliées au profit du contenu substantiel du milieu juridique. La règle de conflit, norme de normes, a elle aussi une substance; cette substance, c'est le temps, qu'on ne peut négliger au risque de détruire la construction élaborée, de nier la possibilité du conflit de lois dans le temps, d'oublier cette constatation première de la relativité des lois dans le temps, de faire disparaître en définitive le facteur temps du milieu juridique, comble de l'irréalisme, alors que c'est au nom de la réalité que l'on voudrait écarter la règle de conflit.

Cette juste mesure qui est donc exigible pour conférer à la construction que nous avons tentée la solidité et l'efficacité qui sont sa raison d'être, limitera les conséquences de la confrontation de la règle avec le milieu juridique à un problème d'interprétation, d'adéquation de la technique à la matière brute. Nous n'en perdrons néanmoins pas de vue, ne serait-ce que pour les combattre, les facteurs de destruction des techniques juridiques, révélés à un certain moment de la durée par le milieu juridique, et que l'on a groupés sous le vocable paradoxal d'ordre public : cette revanche de la matière sur la forme.

Nous étudierons dans ce dernier chapitre les questions d'interprétation soulevées par la règle de conflit et de l'intolérance du milieu à l'application de la loi ancienne, normalement compétente.

SECTION I

L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

133. — Nous avons l'intention de tenter de résoudre, dans la présente section, les différents problèmes que pose l'application de la règle de conflit. Un certain aspect de cette question a été nécessairement entrevu lorsque nous avons recherché le critère qui devait permettre la détermination de la loi compétente, but de la règle de conflit. C'est ainsi qu'a été dégagé le procédé de l'actualisation qui, en permettant de localiser dans le temps les rapports de droit, justifie l'application de la loi sous l'empire de laquelle il se situe. Nous avons vu qu'en ce qui concerne le contenu non actualisé des situations en cours, un classement dans deux catégories de rattachement était nécessaire pour obtenir une localisation qui entraîne l'application de la loi compétente. L'attitude que nous avons adoptée dans notre chapitre précédent sur la construction *in abstracto* de la règle de conflit nous a conduit à négliger volontairement et provisoirement la propre position dans le temps de la règle de conflit, ce qu'il nous appartient de réparer à présent que nous nous livrons à une confrontation de la

règle avec l'ensemble du milieu juridique. La question va donc se poser de savoir comment vont s'effectuer ces diverses opérations préalables à la détermination de la loi applicable, en considération du moment où elles vont se dérouler. C'est en ce sens que nous parlons d'une question d'adéquation à une époque déterminée de la règle de conflit : il s'agit de définir comment vont être utilisés les procédés de l'actualisation et de la qualification, de savoir si les circonstances générales concomitantes à leur application sont de nature à modifier les conditions de leur utilisation, en vue de la détermination de la loi applicable. C'est ce qui est connu en droit international privé sous le vocable très général et très imprécis de « question des qualifications ».

Poursuivant, d'ailleurs, l'analogie avec le droit spatial, nous serons alors conduit à rechercher si la compétence, donnée par hypothèse à la loi ancienne, n'est pas contraire à cette loi : c'est la question du renvoi.

§ I^{er}. — LA QUESTION DES QUALIFICATIONS

134. — La notion de qualification est elle-même facile à saisir, mais l'ensemble du problème, replacé dans le cadre d'un droit de conflit, a justifié une réputation de difficulté et d'imprécision à la théorie des qualifications (1). Si le terme de qualification est d'un usage courant dans la langue juridique, quelle que soit la branche du droit à l'étude de laquelle on s'intéresse, la question des qualifications, c'est-à-dire envisagée sous l'angle d'un conflit de qualifications, n'a fait l'objet d'une étude systématique que de la part des internationalistes. Les spécialistes du droit transitoire, dans la mesure où leur système prévoit des catégories propres d'application des lois nouvelles et anciennes, ont bien parlé de qualification, mais ils semblent avoir ignoré le problème préalable de la détermination des règles de qualification qui doivent être adoptées. C'est pourtant là, nous semble-t-il, et l'analogie entre les droits de conflit est une fois de plus bien précieuse, un

(1) Sur cette question, la bibliographie est tellement abondante qu'on ne saurait prétendre ici éviter l'omission. On connaît le point de départ de la théorie : il s'agit d'un article de BARTIN paru au *Clunet*, 1897, p. 225, dont le contenu a été repris et développé dans ses *Etudes de droit international privé* et un cours professé à La Haye : « Doctrine des qualifications » (1930.1.569), et de l'article non moins célèbre de KAHN publié en 1891 aux *Iherings Jahrbücher*. La plupart des ouvrages généraux de droit international privé y consacrent d'abondants développements. Cf. en France, BATIFFOL, pp. 340 et suiv., n^{os} 291-298 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, pp. 290 et suiv., n^{os} 255-256 ; NIBOYET, *Cours*, pp. 453 et suiv., n^{os} 476-481 bis ; MAURY, *Règles générales des conflits de lois* (Cours de l'Académie de La Haye, n^o 123 et suiv.).

point tellement essentiel qu'on ne conçoit pas une théorie générale du conflit de lois dans le temps qui n'en comporterait pas une étude assez poussée.

135. — La qualification se définit comme l'attribution d'une qualité. Cette qualité s'inscrit dans un système général de catégories, correspondant chacune à une conceptualisation de ces qualités et entraînant, en matière juridique, l'application d'un certain régime, de certaines règles. Ainsi, en droit pénal, qualifier le comportement d'un individu, c'est rechercher, d'après ses caractères, à quelle catégorie légale d'infraction il appartient, pour en conclure à la peine qui pourra être appliquée. En droit civil, un acte est par exemple qualifié, à titre gratuit ou à titre onéreux, et on connaît les conséquences qui en découlent, relativement par exemple à sa résolution ou à l'appréciation de la faute dans l'inexécution. En droit civil, également, un rapport de filiation naturelle pourra être qualifié simple ou adultérin et il en résultera l'application d'un régime bien caractéristique (2).

En droit international privé, on sait que chaque rapport de droit fait l'objet d'une qualification qui permet de le faire rentrer dans une catégorie de rattachements qui conduit à lui appliquer telle loi désignée par la règle de conflit.

En droit transitoire, enfin, on a vu qu'il existait pour les situations en cours de durée lors de la mise en vigueur d'une loi nouvelle, deux grandes catégories de rattachement à la loi nouvelle ou à la loi ancienne. Une situation née par exemple d'un rapport de prêteur à emprunteur, est susceptible d'être classée dans la catégorie des situations autonomes qui entraînent l'application de la loi d'origine au contenu non actualisé de la situation considérée.

Dans ces différents exemples, nous avons vu utiliser le procédé de la qualification. Ici, ce procédé ne soulève pas, quant à son utilisation, de

(2) On a fait remarquer que la qualification en droit interne portait sur des faits, alors qu'en droit international privé, son objet est une règle de droit (cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 24, p. 57 ; cf. *contra*, cité par FALCONBRIDGE in *Canadian Bar Review*, 1952, pp. 103 et suiv. et pp. 264 et suiv. : « Conflict rule and characterization of question » : RABEL, AGO et ROBERTSON). Pour certains (cf. notamment FALCONBRIDGE, LEWALD), l'objet de la qualification est bien une question de droit, mais compte tenu de ce qu'elle naît de certaines circonstances de fait. M. BATIFFOL observe qu'il faut distinguer selon que les faits de la cause se classent directement dans une catégorie de la règle de conflit ou selon que ceux-ci sont révélés en justice déjà revêtus d'un caractère juridique. (Cf. *Traité*, p. 341, note 5.) Plus encore, il semble que la réponse donnée tient au degré de complexité juridique variable présenté par le litige. Ce qui est certain, c'est que tôt ou tard l'aspect international (ou transitoire) du litige sera dégagé des éléments de fait et qu'à ce moment où intervient la qualification, son objet est bien une règle de droit. Ceci est d'ailleurs conforme aux natures du D.I.P. et du droit transitoire, droits de conflit, règles de règles.

difficultés. Celles-ci se rencontrent bien entendu dans l'analyse de chaque situation dont le caractère éventuellement hybride peut prêter à des incertitudes de classement, mais le procédé en lui-même ne pose pas de problème.

C'est replacée dans le cadre spatial ou temporel comme l'imposent les natures respectives du droit international privé et du droit transitoire que la question des qualifications va soulever des difficultés qui lui sont propres.

Nous savons, en effet, que la qualification suppose un certain nombre de qualités, d'attributs dont la conceptualisation s'est organisée dans un système de catégories *a priori*. Ce que fait apparaître l'optique spatiale ou transitoire, c'est le caractère relatif et mouvant de ce système de catégories. Telle situation qui, dans un certain pays, fait l'objet de tel classement dans une catégorie du for, fera l'objet d'une autre qualification dans un autre pays. Dans l'hypothèse du conflit spatial où se pose précisément le rattachement d'un rapport de droit à un régime juridique déterminé, il convient de rechercher dans quelles catégories, en vertu de quels critères de classement va s'effectuer la qualification, facteur essentiel de détermination du régime finalement applicable. Il y a donc ici un conflit de qualifications.

Le conflit de qualifications naît de la différenciation à l'échelle internationale des critères de classement et du système de catégories. La difficulté est d'ailleurs ici à deux degrés, car pour deux pays possédant des catégories identiques, les critères de classement peuvent être différents, la conceptualisation des qualités, comme toute abstraction, étant nécessairement déformante et simplificatrice : la prescription pourra ainsi être qualifiée en Allemagne de question de fond, alors que des juges nord-américains la feront rentrer dans la catégorie « procédure » (3).

La difficulté est évidemment accrue lorsque la différence entre les catégories des divers systèmes applicables porte non plus seulement sur les critères de classement, mais sur les catégories elles-mêmes. Les termes mêmes du problème deviennent dès lors incompréhensibles si on ne prend pas soin de fournir avant toute analyse des situations, une solution au conflit des qualifications, c'est-à-dire si on ne précise pas au préalable, au crible de quel système de catégories et quels critères de classement il y aura lieu de soumettre la situation considérée. En droit international privé, le système adopté sera-t-il celui que connaît le juge auquel est soumis le litige (solution *lege fori*)

(3) Cf. cité par M. le doyen BATIFFOL, in *Aspects Philosophiques*, p. 53, n° 24, la décision du Reichsgericht du 23 janvier 1882, illustrant cette différence existant pour des catégories semblables entre les critères de classement.

ou un autre système tel qu'il pourrait résulter d'une localisation préalable de la situation considérée (solution *lege causae*) (4) ?

136. — Le droit transitoire est justiciable d'un conflit du même ordre. En effet, quelles que soient les attaches d'une situation avec le passé, il ne faut pas perdre de vue que cette situation est analysée par hypothèse du point de vue transitoire à l'époque de la loi nouvelle. Cette analyse transitoire se fait, nous l'avons vu, en plusieurs étapes. On commence par rechercher ce qui a fait l'objet d'une localisation d'un élément de la situation, à l'époque de la loi ancienne, puis en regard du contenu de cette situation qui n'avait pas, jusque-là, fait l'objet d'une actualisation, on recherche par l'analyse du rapport considéré à quelle catégorie de rattachement il se rapporte. On se souvient également qu'en cours de route, il aura fallu, à propos des éléments de la situation déjà actualisée, distinguer ce qui ressort véritablement de cette situation de ce qui a trait au mode d'exercice des droits qui en découlent. Ici encore il y a qualification.

En se plaçant donc à l'époque de la loi nouvelle, il va falloir rechercher si tel élément de la situation a déjà fait l'objet d'une actualisation à l'époque de la loi ancienne : il faudra donc apprécier les conditions de l'actualisation et en déterminer les critères. Ensuite, on s'attachera pour le contenu, non encore localisé dans le temps à procéder à une analyse qui nous conduira à classer le rapport considéré dans l'une des catégories de rattachement : il y aura lieu, ici, à une qualification et il faudra se demander si les critères de classement seront ceux de la loi sous l'empire de laquelle cette situation est née, ou ceux de la loi en vigueur au moment où la question de la qualification se pose. Enfin, même pour le contenu et les opérations de création de la situation localisés sous l'empire de la loi ancienne, il conviendra de qualifier ce qui, dans le rapport, touche au fond du droit, déjà localisé, ou, au contraire, n'en constitue qu'une simple mise en œuvre : encore, ici, il faudra qualifier et se demander à quel moment il faut se placer pour apprécier le rattachement au fond ou à la procédure. De ce même point de vue ressort la distinction entre une situation entièrement nouvelle et une autre situation, problème rencontré analogiquement en droit international privé où l'action directe donnée à la

(4) Un problème distinct est de savoir comment seront qualifiés par le for des situations qu'il ne connaît pas. Les différenciations techniques dissimulent mal pourtant les fins primordiales du genre humain et « la qualification par la fonction » résout l'incompatibilité technique d'institutions étrangères ; (cf. BATIFFOL, *Aspects Philosophiques*, p. 44, n° 19).

Le raisonnement peut être étendu *a fortiori* au droit transitoire, où très généralement l'institution nouvelle exprime plus aisément une fin poursuivie avec une efficacité différente par l'institution disparue.

victime dépend de la « *lex loci delicti* » et non de de la loi du contrat d'assurance (5). L'intervention du tiers victime modifie le caractère autonome de la situation en droit transitoire. Mais même entre les individus déjà liés sous l'empire de la loi ancienne, il faut distinguer les rapports se localisant sous son empire, des situations nouvelles nées de manifestations de volonté ou de faits produits sous l'empire de la loi nouvelle et sans lien avec les rapports originaires. C'est ainsi que le dommage délictuel réalisé entre contractants relève de l'appréciation de la loi du délit et non de celle du contrat (6).

Dans le cadre du processus de solution du conflit, nous aurons donc à rechercher dans quelle loi il faut rechercher les critères de l'actualisation et ceux de la qualification. Nous rappelons que la qualification n'intervient qu'au stade ultime du processus de solution : elle est un moyen de localisation, dont l'utilisation est nécessaire pour suppléer à l'impossibilité d'actualisation physique d'un élément du contenu qui, par hypothèse, ne s'est pas encore concrétisé à un moment de la durée. Il y a donc une localisation directe dans le temps qui ne nécessite pas de qualification, mais dont il faut au moins rechercher brièvement à quel moment elle s'apprécie ou si même le problème se pose véritablement (7). Il y a, en second lieu, une localisation par qualification qui soulève également un problème de détermination des critères de classement qui devront être adoptés.

Nos recherches vont donc se poursuivre, d'une part, dans le sens d'une opposition entre la localisation directe et la localisation par qualification, ce qui, complété par la restriction du problème posé à la détermination de la loi applicable, fournira les limites du domaine du conflit des qualifications, auquel on s'efforcera, d'autre part, de fournir une solution. La première partie de cet exposé dans la détermination des frontières de la question que nous nous sommes posé, permettra non seulement d'écarter des aspects qui lui sont étrangers, mais de fournir à la seconde partie de nos développements une solution dont il faudra alors apprécier la portée.

(5) Cf. notamment C. d'appel Douai, 21 juin 1955, *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.71, obs. LOUSSOUARN.

(6) On en conçoit l'importance en matière de dommages causés à l'occasion de l'exécution d'un contrat, mais étrangers à ce contrat. Il y a là une application de la détermination de l'un des intéressés au contrat considéré non pas dans la situation antérieure en tant que contractant, mais en tant que victime d'un dommage étranger au contrat. Sur cette question de dommage délictuel causé à l'occasion d'un contrat, cf. Cass. civ., 13 mai 1955, D.S., 1956.53, note SAVATIER.

(7) Dans cette hypothèse, la qualification donnée par la loi ancienne à un fait antérieur à la loi nouvelle, n'est pas atteinte par cette dernière. En conséquence, conformément au principe de non-rétroactivité, une loi nouvelle créant une nouvelle qualification sera inapplicable à un fait survenu antérieurement. Cf. à propos de la qualification nouvelle d'accident du travail donnée par la loi du 23 juillet 1957, inapplicable à un accident survenu antérieurement au cours d'une promenade pendant la pause de midi ; Cass. Ch. réun., 5 mai 1958, J.C.P. 1958.10671.

A. — DOMAINE DU CONFLIT DES QUALIFICATIONS.

137. — Une telle délimitation est nécessaire, et ne pas l'avoir fait au préalable a entraîné en droit international privé des controverses sans fin qui ont paru faire douter un instant de la solidité de plus d'un système.

Ce qu'il faut distinguer au départ, c'est le rôle exact de la qualification en droit international privé, comme en droit transitoire. La qualification est nécessaire pour permettre un rattachement à une catégorie entraînant l'application d'une loi déterminée. Or, l'analyse qui a conduit à la définition des points de rattachement part d'une étude des intérêts soulevés par les situations juridiques en vue de rechercher sous l'empire de quelle loi cette situation se localise dans l'espace ou dans le temps. En droit international privé, une telle méthode a conduit à distinguer les catégories des biens, des personnes, des actes et de la procédure. En droit transitoire, deux catégories principales de rattachement ont bien été dégagées, mais nous avons vu qu'une telle méthode ne trouvait son utilité qu'à partir du moment où la localisation ne pouvait se faire directement. En effet, pour un rapport de droit considéré, il est aisé de localiser dans le temps tout ce qui « s'est passé » antérieurement à la promulgation de la loi nouvelle. Les opérations qui ont abouti à la création de la situation ont constitué la concrétisation d'une possibilité offerte par la loi alors en vigueur. Des effets ont été ensuite réalisés toujours conformément à la loi ancienne. Dès lors que l'on a bien compris que la localisation dans le temps est marquée par la mise en œuvre d'un possible, par la concrétisation d'une règle abstraite, par un passage de la matière à la forme, par ce que nous avons appelé, selon la terminologie aristotélicienne, une actualisation, il est facile de situer tout ce qui, dans un rapport de droit relève de l'emprise du passé. Ce qui était acquis, mais n'était pas suffisant, car il fallait rechercher si, par-delà les éléments déjà actualisés du rapport considéré, il n'y en avait pas qui relevaient par une sorte de localisation indirecte, de la loi ancienne. C'est ici que la qualification a trouvé son usage. On sait qu'elle a abouti à la mise en évidence de catégories de rattachement dont la détermination avait été inspirée par une recherche d'une meilleure localisation. Les catégories de rattachement, au nombre de deux (mis à part la catégorie des conditions d'exercice des droits, plus connexe, qu'intégrée à la situation transitoire) différencient les situations à opposabilité absolue des situations autonomes à durée limitée et à destinataires déterminés.

L'analyse transitoire de la première de ces catégories a conduit à promouvoir l'application de la loi de survenance au contenu non

encore actualisé. Nous croyons devoir dégager pour la seconde, un principe d'application d'une loi d'autonomie, soit très souvent la loi ancienne. Il est donc bien net que dans la construction que nous avons tentée, le processus de solution de conflit conduit tout d'abord à rechercher les éléments localisés par leur survenance à l'époque de la loi ancienne (c'est là, la ligne de conduite que fournit l'article 2 du Code civil).

C'est au stade ultime de la recherche de la loi compétente qu'on utilise la localisation par qualification, mis à part le cas des situations connexes, dès lors que la localisation directe par la détermination de la date de survenance n'est plus, par hypothèse, utilisable. Le conflit de qualifications, c'est-à-dire le point de savoir sous l'empire de quelle loi doivent s'apprécier les critères de classement, est étranger aux hypothèses où une localisation directe a déjà été obtenue.

Il est dans l'intérêt d'une solution correcte du conflit de qualifications de définir dès le début cette limite essentielle du domaine du conflit des qualifications, à défaut de quoi, tout raisonnement postérieur risquera de pêcher par équivoque ou incohérence.

138. — L'exemple des errements suivis par une partie de la doctrine internationaliste sera éloquent sur ce point. Le système de conflit dans l'espace a dégagé de très bonne heure les principales catégories de rattachement (8). La première des catégories de rattachement qui ait été mise en évidence a été celle des contrats. Il est du plus haut intérêt de remarquer que la qualification a été, ici, d'autant plus vite nécessairement utilisée qu'une localisation dans l'espace des situations contractuelles était déjà, comme elle l'est encore, des plus délicates (9). Le rattachement à la « *lex loci actus* » a été un effort de localisation : son abandon au profit de la loi d'autonomie a démontré l'erreur que constituait sur ce point une localisation hâtive. Le statut réel et le statut personnel ont été beaucoup plus tardivement dégagés, non pas que la localisation dans l'espace en fût plus délicate qu'en matière de contrat, bien au contraire, mais en raison de ce que l'application systématique de la loi de situation pour les biens et de la loi d'origine pour les personnes révélait l'existence d'une localisation évidente, ne nécessitant pas, à l'époque, une analyse des rapports de droit relatifs à de telles matières. Depuis, le principe de l'attache des personnes à leur lieu d'origine a subi quelques atteintes et le statut personnel est plus fondé sur un rattachement à une loi, au nom

(8) Cf. sur ce point BATIFFOL, *Traité*, pp. 258 et suiv., n° 215 et suiv., et MEIJERS, « *L'Histoire des Principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge* », Cours La Haye, 1934, T. III, pp. 593 et suiv.).

(9) La difficulté n'est-elle pas l'aiguillon de la science ?

d'une permanence des lois personnelles, qu'en vertu d'une localisation directe, encore qu'indirectement c'est une considération de localisation dans l'espace qui ait conduit à l'application de la loi nationale ou de la loi du domicile (10). Il reste alors le statut réel qui, tout particulièrement en ce qui concerne la propriété foncière est justiciable d'une localisation directe, sans qu'une analyse de la situation qui y est relative apparaisse comme nécessaire. En ce qui concerne les choses susceptibles d'être déplacées, la localisation directe est beaucoup moins aisée : on a cherché parfois, à l'aide de fictions, à se passer sur ce point d'une analyse sérieuse des rapports considérés. On a été jusqu'à assimiler le déplacement du meuble à un conflit transitoire, alors qu'il s'agit là d'un conflit dans l'espace, bonne note devant être prise au préalable, de ce que la localisation du rapport de droit nécessitera l'analyse de la situation et le classement dans une catégorie (11).

139. — Nous pensons donc qu'il existe en droit international privé des localisations directes dans l'espace qui ne nécessitent pas une analyse particulière des situations considérées et autour desquelles on

(10) Une localisation directe peut conduire à adopter un critère d'autant plus maniable qu'il est fidèle à la réalité. Néanmoins, la construction élaborée autour d'un rattachement naturel conduit rapidement à idéaliser donc à déformer le réel. La recherche dépasse alors le premier stade et se poursuit en quête de conditions nouvelles et plus adaptées. M. DABIN, en droit interne, a illustré cette démarche de l'esprit, à propos du domicile : « ... l'institution du domicile ne contredit aucune réalité naturelle... L'institution est conforme à la réalité naturelle, parce que si l'homme est mobile, il n'est pas nomade », il a des attaches avec un lieu fixe où, après ses courses, il vient se reposer. L'idée de foyer, l'idée de patrie (sous son aspect territorial) ne sont que les conséquences de ce phénomène, de cet instinct naturel. La fiction n'apparaîtrait qu'autant qu'on chercherait à motiver logiquement le rôle attribué au domicile, en faisant appel à une sorte de localisation fictive de la personne en un point du globe, contrairement à la réalité naturelle de la mobilité des êtres humains. La fiction serait alors, non dans l'institution même qui correspond à une réalité naturelle, mais dans la construction théorique par laquelle on tendrait à ramener le domicile au concept de personnalité » (cf. *Technique de l'élaboration du droit privé positif*, p. 308). M. DABIN critique d'ailleurs l'emploi ici de la notion de fiction. Il est vrai qu'il s'agit plutôt ici d'une construction juridique, qui donnera lieu dans sa mise en œuvre à des critères de classement purement juridiques, propres à ce que nous entendons par « qualification ». Sur cette confusion entre technique et fiction, cf. AUBRY et RAU, V, I, § 14, note 1, 5^e éd.

(11) Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 375, n° 320 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, p. 323, n° 272 ; GAVALDA, *op. cit.*, n°s 30 et 42. Conformément à l'opinion de ces auteurs, nous ne nions nullement qu'un élément temporel est introduit dans le conflit mobile et que la solution qui sera donnée rappellera celle donnée en droit transitoire interne. Mais il n'y a là, à notre avis, que coïncidence de solutions liées à la parenté étroite de méthode et de nature des conflits de lois dans le temps et dans l'espace. Ce que nous avons voulu démontrer ici, c'est que les auteurs ont été tentés de considérer le conflit mobile sous l'angle exclusif du conflit transitoire en raison de l'impossibilité de raisonner en matière de conflit mobile sur la base d'une localisation directe.

a bâti le système des catégories qui a fait sentir le besoin des qualifications. C'est dire que pour les situations qui se localisent d'elles-mêmes dans l'espace, le conflit des qualifications est autant hors de propos que pour les situations qui se concrétisent directement à un moment de la durée.

On comprendra l'utilité de ces développements en rappelant que l'une des critiques que l'on a faites à la solution du conflit des qualifications par référence à la loi du for, fait valoir l'absurdité qu'il y aurait eu à demander à la loi du for de qualifier la nature d'un immeuble situé à l'étranger. Il va de soi qu'une telle critique manque son but si l'on a pris soin de délimiter le domaine du conflit des qualifications, à l'hypothèse où les qualifications sont utilisées, c'est-à-dire dans la mesure où les situations considérées n'étant pas passibles d'une localisation directe, il a été nécessaire de recourir à une analyse qui a fait apparaître les catégories de rattachement, pour lesquelles la qualification est évidemment nécessaire.

Si cette distinction entre les éléments directement localisables d'une situation et localisables par qualification n'a pas besoin, hormis l'hypothèse du conflit des qualifications, d'être soulevée dans le processus de solution du conflit dans l'espace l'articulation particulière du conflit transitoire en avait depuis longtemps montré la nécessité et son utilité n'en a été que confirmée ici.

140. — Avant de rechercher quelle doit être la solution du conflit des qualifications, dans la mesure où nous en avons fixé une limite au-delà de laquelle il est hors de propos, nous devons nous demander s'il n'existe pas un problème parallèle des critères de localisation, se situant dans la partie du processus de solution qui fait appel à la localisation directe.

Il semble ici que l'on se trouve en présence d'un problème sans résonance juridique car les critères de localisation directe, dans le temps comme dans l'espace, ont un caractère scientifique et non de technique juridique (12). Le recours à la qualification est nécessaire pour définir le rattachement d'un élément de la situation non encore localisé à l'époque de la loi nouvelle. On a vu qu'exceptionnellement, il fallait utiliser cette méthode pour discerner une situation nouvelle d'une situation ancienne pour en localiser l'origine, de même que pour distinguer dans le contenu déjà localisé d'une situation ancienne ce qui intéresse le fond et ce qui relève de l'exercice des droits. Le recours à la méthode de la qualification, par opposition à la localisation directe par concrétisation suggère en toute hypothèse un conflit

(12) Cf. *supra*, p. 238, n° 131, *id.*, p. 191, n° 110.

de qualifications. Aussi, s'il faut admettre que les développements qui vont suivre s'appliquent en principe à la définition du rattachement d'un élément non encore concrétisé d'une situation en cours, dans la mesure où la qualification est nécessaire pour distinguer la situation faisant appel à des faits passés pour constituer son origine, ou qui n'utilise qu'un état de fait existant lors de la loi nouvelle, le conflit des qualifications peut également ici être soulevé. De même, s'il faut faire appel à la méthode de la qualification pour discerner dans l'examen du contenu concrétisé d'une situation ancienne ce qui relève du fond du droit de ce qui intéresse l'exercice du droit, situation nouvelle, nos développements consacrés en principe à la localisation de l'élément actuel d'une situation ancienne, seront ici encore susceptibles, d'une extension à ce dernier problème.

Dès lors, donc, que la localisation ne peut se faire par concrétisation ou actualisation, mais nécessite le recours à une construction juridique, à la qualification, elle suggère un conflit éventuel des qualifications, énoncées respectivement par les lois ancienne et nouvelle.

On ne peut concevoir, au contraire, une relativité dans les moyens de localisation directe, comme dans les critères de classement par catégories juridiques, c'est-à-dire par qualification. Les catégories juridiques sont des constructions de l'esprit, donc toujours susceptibles d'être retouchées ou fondamentalement reconsidérées. La localisation dans l'espace fait appel à des critères physiques bien connus, étrangers aux relativités des constructions conceptuelles. Ce sont des « concepts réels », comme l'écrivait le doyen Gény. La localisation dans le temps est, certes, moins aisée, car elle nécessite une opération intellectuelle qui porte sur la comparaison de deux plans révélant un degré d'abstraction différent, le passage du plus abstrait au moins abstrait en ce moment de la durée révélant une concrétisation, critère millogique, mi-physique de l'actualisation, mais ici encore il ne s'agit pas de technique juridique, mais de science; il n'est pas question d'une localisation par qualification, mais d'une localisation directe, par actualisation.

141. — Enfin, si nous avons délimité, dans un sens, le conflit des qualifications, il convient de préciser l'autre limite qui nous sera donnée par le rappel de la fonction des qualifications dans un droit de conflit.

C'est, en effet, une constatation qu'il ne faut pas perdre de vue que le conflit des qualifications se borne à définir les conditions de la détermination de la loi applicable. Il est certain qu'une fois la loi déterminée, que ce soit par localisation directe — et ceci recoupe ce que nous avons dit précédemment — ou par rattachement à une caté-

gorie soumise à la loi ancienne ou à la loi nouvelle, il n'est évidemment plus question ni de conflit de qualifications ni de qualification en vue d'un rattachement. Seule est en cause l'application de la loi déclarée compétente par la règle de conflit, ce qui peut certes donner lieu à l'utilisation de la méthode de la qualification, mais cette fois-ci sur le plan interne, et non plus transitoire ou international. Nous sortons ici du domaine de la qualification, considérée sous l'angle de l'interprétation de la règle de conflit : il ne s'agit plus, ici, que de l'interprétation de la loi compétente.

Si la solution donnée au conflit de qualifications est la qualification « *lege fori* », on ne pourra, comme précédemment, trouver une critique valable dans l'incohérence prétendue de l'application successive de qualifications, d'abord conformément à la loi du for, puis à la loi compétente désignée, pour les problèmes propres d'interprétation que peut soulever la norme substantielle désignée. C'est cette solution qu'il nous faut, à présent, dégager, les limites du problème étant déterminées. Le conflit de qualifications est donc exclu des hypothèses où la détermination de la loi compétente se fait par localisation directe et également lorsqu'il ne s'agit plus que d'interpréter la loi désignée par la règle de conflit.

B. — SOLUTION DU CONFLIT DES QUALIFICATIONS

142. — Il importe de savoir désormais, en présence d'un élément du contenu non actualisé d'une situation, si on va demander à la loi en vigueur au moment où la question se pose, ou à la loi d'origine de la situation, les critères de classement dans l'une des deux grandes catégories de rattachement. La question est, on le sait, la même en droit international privé, où à l'exception du contenu des situations directement localisables, on recherche dans quel système de catégories on va trouver les critères de classement, permettant, par la qualification, de rattacher la situation considérée à telle loi plutôt qu'à une autre.

En droit transitoire, comme en droit international, la solution se limite à l'alternative de la « *lex fori* » ou « *lex temporis fori* », et la « *lex causae* ».

Quand on part de la constatation première que la qualification a pour rôle de déterminer la loi compétente, et constitue donc une interprétation de la règle de conflit, il est difficile de concevoir que les critères de classement soient demandés à une loi autre que la loi en vigueur au moment où la question se pose.

Le contenu de la situation n'ayant pas fait l'objet d'une actualisation à l'époque de la loi ancienne doit être qualifié d'après l'état du

droit au moment où la question est soulevée. Les raisons qui militent en faveur de cette solution sont inspirées de la double constatation qu'il s'agit de déterminer une loi compétente et que l'on se trouve en présence d'un problème d'interprétation de la règle de conflit (13).

143. — Comme on l'a fait justement remarquer pour le droit international privé, « le problème posé consiste à interpréter une règle de conflit de lois » (14). Or l'interprétation consiste à rassembler en un moment donné les éléments de nature à justifier l'application à un cas particulier d'une règle générale. C'est dire que c'est au moment où le besoin de l'interprétation se fait sentir que les circonstances qui en justifient la solution finale doivent être appréciées (15). Dans le conflit spatial, Lerebours-Pigeonnière rappelle (16), à propos du rôle du juge dans l'interprétation de la règle de conflit, que « chacun fera entrer dans son raisonnement les principes caractéristiques de la législation de l'Etat dont il dépend », et citant BARTIN, il ajoute « parce que toute son éducation juridique, la formation même de son intelligence professionnelle de jurisconsulte, ont été faites selon ces principes » (17). C'est une justification de la « *lex fori* » analogue que nous retrouvons exprimée sous la plume de M. MAURY (18).

Dans un Etat donné, il ne fait pas de doute que l'éducation générale et juridique pèsera de tout son poids sur l'interprétation de la règle de conflit. Il est vain de demander au juge d'en faire abstraction. Le pourrait-il, qu'on devrait se demander s'il ne perdrait pas ainsi tout moyen de compréhension de la règle de conflit qui est au minimum un élément essentiel de son adéquation à l'espèce présentée.

Mais, mise à part toute tentation de transférer par analogie ce

(13) KAHN et BARTIN s'étaient, pour le droit international privé, prononcés depuis longtemps pour cette solution, cf. BATIFFOL, *Traité*, n° 292, p. 342.

(14) Cf. BATIFFOL, *Traité*, n° 293, p. 343.

(15) Ce caractère relatif jusqu'au subjectivisme a été mis en valeur par M. J. SCHMIDT dans son *Essai sur la notion de principe juridique*, thèse Paris, 1954, p. 42 (ex. dactyl.), où il écrit : « Nous croyons que le texte est source de vie, mais cette vie est énergie créatrice s'épanouissant en des aspects divers, suivant la personnalité de celui qui s'intègre à elle pour mieux la comprendre. »

(16) *Précis*, p. 290, n° 255.

(17) BARTIN, *Recueil*, La Haye, 1930, I, p. 593.

(18) Cours, La Haye, précité, n° 134, et pour un rappel des nombreux auteurs partisans de la *lex fori* en D.I.P., cf. *eod. loc.*, n° 125, également cité par M. BATIFFOL ; cf. RABEL, *Conflict of Laws*, I, p. 48 ; ajouter aux indications bibliographiques fournies par ces auteurs, FISCHER, University of British Columbia, *Legal Notes*, T. II, March 1955, p. 155. La compétence de la *lex fori* a été reconnue à plusieurs reprises par la jurisprudence depuis le fameux arrêt de la Chambre civile du 25 août 1847, D.P., 47.1.273 ; S., 47.1.714. On peut citer, Cass. civ., 8 mars 1926, S., 1926.1.321, note NIBOYET ; R. 1927.50 ; Trib. fédéral helvét., 26 mars 1936, R. 1937.138, Cass. civ., 1^{er} sect. civ., 22 juin 1955, *Rev. crit. D.I.P.*, 1955, p. 723, obs. BATIFFOL ; *Chunet*, 1955, p. 682, obs. SIALELLI.

point de vue au droit transitoire, on ne peut nier que l'interprète de la règle de conflit subira une influence décisive de la part du milieu caractéristique du moment où il se livre à son travail d'interprétation.

Mais par-delà cette sorte de subjectivisme reconnu comme facteur de l'interprétation de la règle de conflit, il ne faut pas hésiter à aller plus loin et penser que c'est précisément la fonction de l'interprétation de fournir une adaptation de la règle au cas présenté, conformément à l'esprit de l'ensemble de la législation, tel qu'il se caractérise au moment de l'interprétation. Ce sont non seulement les lois nouvelles qui intéressent la situation en cours qui sont de nature à révéler des directives d'interprétation mais également d'autres lois nouvelles, qui lui paraissent étrangères ou même, *a fortiori*, des innovations dégagées par voie de jurisprudence et destinées à fournir un droit coutumier. C'est bien, semble-t-il, conformément à ce rôle de l'interprétation, qu'il convient de conclure que la qualification du contenu non actualisé doit se faire conformément aux critères de classement tels qu'ils existent à l'époque de la loi nouvelle.

Pourra-t-on craindre qu'une telle méthode conduira à promouvoir une sorte d'application rétroactive du droit nouveau ? Nous pensons qu'un tel argument pourrait être inquiétant si nous n'avions pas pris soin de délimiter le domaine du problème des qualifications. La qualification « *lege temporis* » ne se conçoit, en effet, que pour le rattachement d'un contenu non actualisé, à l'exclusion des éléments du rapport examiné qui auraient fait l'objet d'une localisation directe à l'époque de la loi ancienne et pour lesquels la qualification transitoire n'intervient pas. Pour eux, il pourra, certes, être question d'une qualification, conformément à la loi ancienne, mais il ne s'agira plus ici d'une qualification en vue de déterminer une loi compétente. Un raisonnement analogue conduirait à appliquer une qualification « *lege causae* » au contenu non actualisé qui a fait l'objet, conformément à la règle de conflit, d'un rattachement, apprécié « *lege temporis fori* », à la loi ancienne.

On pourra craindre, dans le même ordre d'idée, qu'il sera dangereux de laisser à la « *lex temporis* » le soin de distinguer les situations connexes des situations anciennes. On fait observer qu'il est difficile de demander à une autre loi que la loi nouvelle la définition de ses conditions d'application, avant même de savoir si elle posera un problème transitoire. En second lieu, dans la mesure où l'analyse des dispositions nouvelles soulève bien un problème de conflit, on connaît les limitations qu'impose le principe de non-rétroactivité qui interdit de modifier les conséquences passées d'un fait localisé à l'époque de la loi ancienne. La qualification d'exercice des droits donnée par la loi nouvelle, n'est à retenir que si elle exclut toute modification du fond, rattaché à la loi ancienne, par localisation directe.

Ceci nous rappelle opportunément que la fonction de la règle de conflit est de fournir l'indication d'une loi applicable, et c'est là le deuxième argument que l'on peut fournir à l'appui de la solution « *lege temporis fori* ». Il est difficile de demander à la loi ancienne les éléments d'une qualification quand rien ne permet de supposer *a priori* qu'elle sera compétente. C'est ce que, pour le conflit spatial, on a appelé l'argument du cercle vicieux (19).

Le fait que la situation ait une origine aisément localisable sous l'empire de la loi ancienne ne doit pas nous conduire à promouvoir ici l'application d'une qualification du contenu non actualisé conformément à la loi ancienne. On sait que ce contenu non actualisé peut être soumis à la loi nouvelle par la qualification qui pourra lui en être donnée. Tant que la loi compétente n'a pas été déterminée, et elle ne peut l'être que par la qualification, aucune raison, aucun « principe de survie » n'exige une prorogation décidée *a priori* de la loi ancienne. La qualification n'intervient d'ailleurs pas pour les éléments de la situation déjà actualisée, car, on le sait, la localisation directe justifie, sans qualification nécessaire, l'application de la loi ancienne. Qualifier ces éléments de contractuels, par exemple, conformément à la loi ancienne, et en conclure à l'application à la situation présente de cette loi ancienne serait inexact, car ce n'est nullement parce que le contenu déjà actualisé de la situation avait un caractère contractuel que l'on a appliqué la loi ancienne, mais beaucoup plus simplement et logiquement parce qu'il s'agissait d'éléments d'une situation directement localisée à l'époque de la loi ancienne. C'est une déformation de la méthode transitoire classique qui a conduit à qualifier avant que la nécessité s'en fasse sentir et qui conduirait à justifier ici une solution « *lege causae* » dont l'adoption révèle une option intuitive en faveur, *a priori*, d'une loi déterminée, ce contre quoi nous nous sommes toujours élevé. La portée de cette qualification « *lege temporis* » que nous allons envisager à présent confirmera, nous l'espérons, l'exactitude de notre point de vue.

(19) Cf. BATIFFOL, *Traité*, n° 293, p. 343 : « Etant donné que la qualification est nécessaire pour déterminer la loi applicable, comment la demander à une loi étrangère alors qu'on ignore encore si cette loi étrangère est applicable ou non ? Elle n'a aucun titre à s'appliquer, et tant qu'aucune loi n'est désignée pour régir le fond du litige, la seule loi en vertu de laquelle le juge puisse décider est la loi française. Demander à la loi hollandaise s'il s'agit de forme ou de capacité est supposer la loi hollandaise compétente ; mais c'est justement ce qu'il fallait démontrer, ce que la qualification devait servir à démontrer... La question de qualification est préalable au choix de la loi ; tant qu'elle n'est pas résolue, le juge français ne peut raisonner que selon la loi française, donc il doit la résoudre selon la loi française. La résoudre selon une autre loi est la supposer résolue pour la résoudre, c'est le cercle vicieux. »

C. — PORTÉE DE LA QUESTION DES QUALIFICATIONS
DANS LE CONFLIT DANS LE TEMPS.

144. — Pour faire sentir la portée de la qualification « *lege temporis* », nous avons pensé nous livrer à un bref examen de quelques décisions jurisprudentielles susceptibles d'en fournir une illustration. Dans le choix de nos exemples, nous avons été contraints de présenter à peu près uniquement (sauf pour la qualification fond-exercice des droits) des exemples portant sur la matière des contrats afin de mettre en évidence l'existence du conflit de qualifications et le rôle de la qualification « *lege temporis* » qui n'apparaîtraient pas nettement dans d'autres matières avec la désignation de la loi nouvelle comme loi compétente. En effet, imaginons un régime ancien qui se refuse à accorder à l'enfant naturel autre chose qu'une action alimentaire, abstraction faite de toute reconnaissance de lien de filiation. Si une loi nouvelle survient qui décide la possibilité d'une telle reconnaissance, elle ne provoque pas un changement de qualification de la situation de fait antérieure qui, sous l'empire de la loi ancienne, donnait lieu à une action alimentaire et qui permet, dès la promulgation de la loi nouvelle, l'action d'état. Il y a bien ici qualification « *lege temporis fori* », mais elle ne se distingue pas de l'application normale de la loi nouvelle à une situation antérieurement constituée. Les exemples devront être choisis parmi des situations qui ont fait l'objet de qualification à l'époque de la loi ancienne différente de celle qui leur sera donnée par la loi nouvelle, encore qu'il soit bien entendu que la qualification à l'époque de la loi ancienne intéresse le régime de cette situation sous l'empire de cette loi, alors que la qualification transitoire qui est faite à l'époque de la loi nouvelle, et conformément selon nous aux critères de classement en application à ce moment, a pour objet de rattacher le contenu non actualisé de la situation, soit à la loi ancienne, soit à la loi nouvelle.

145. — La loi du 19 juillet 1928 (insérée au Code du Travail, Livre I^{er}, art. 23), prescrivait que ni les contrats individuels de travail, ni les règlements d'ateliers ne pouvaient contenir de clauses réduisant le délai-congé fixé par l'usage ou la convention collective (20).

La question s'est alors posée, dans le silence de la loi, de l'application des dispositions nouvelles aux situations antérieures dont le contenu allait à l'encontre du régime nouveau de résiliation du contrat de travail.

(20) Cf. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, pp. 455 et suiv. ; ROUAST et DURAND, *Précis de législation industrielle*, n^{os} 346 et suiv., pp. 420 et suiv.

La loi du 19 février 1958 a fixé un minimum au délai-congé de 1 mois pour 6 mois de présence au-dessous duquel ni le contrat, ni la convention collective, ni l'usage ne peuvent descendre. Une telle loi modifiant une situation non autonome est applicable aux situations antérieurement créées.

La jurisprudence, sans remettre en cause les effets déjà concrétisés des rapports de travail (21), décida de l'application de la loi nouvelle aux situations antérieures (22).

La plupart de ces arrêts, après avoir rappelé que les effets d'un contrat de louage de services à durée indéterminée sont régis en principe par la loi en vigueur au moment où il a été passé, concluent en affirmant qu'on ne saurait aller jusqu'à admettre que la loi d'origine confère « aux parties un droit définitivement acquis à l'application d'une clause que le législateur, pour des raisons d'intérêt social et de protection du travail, a déclarée illicite ». La rédaction de ces arrêts a soulevé un certain nombre de critiques qui, dans l'ensemble, paraissent justifiées. Elle évoque, en effet, une certaine incohérence dans le raisonnement en proclamant un principe valable dans la généralité de ses termes sur tous les plans, semble-t-il, pour en justifier l'exclusion sur le plan particulier de la considération « des raisons d'intérêt social et de protection du travail ».

Il semble qu'en se souvenant des développements qui précèdent sur la qualification « *lege temporis vel fori* », il soit possible de retrouver une idée directrice dans les motifs de ces décisions qui ne soit pas trop éloignée du processus que nous avons décidé ici d'adopter pour fournir une solution au conflit des lois dans le temps.

En rappelant que les effets d'un contrat sont régis par la loi en vigueur au jour où il est passé, les décisions rapportées ont entendu

(21) C'est ainsi notamment que l'article 23 nouveau du Livre I^{er}, C. trav., n'est pas applicable à une instance introduite avant sa promulgation ; cf. Cass. Req., 26 nov. 1934, D.H., 1935.4.

(22) Cf. Cass. civ., 22 avril 1929, D.H., 1929.281, *Gaz. Pal.*, 1929.1.773 ; Cass. civ., 31 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.12 ; Cass. civ., 17 juill. 1930, S., 1931..71, *Gaz. Pal.*, 1930.2.502 ; Cass. Req., 26 nov. 1934, précité. *A contrario*, Cass. civ., 17 févr. 1937, D.H., 1937.218 et une doctrine abondante où nous avons relevé PERREAU, S., 1932.1.129. « De la validité des conventions abrégatives du délai-congé passées avant la loi du 19 juillet 1928 », LECOMTE, *Rev. crit. lég. Jurisp.*, 1931, p. 584, « La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée et la loi de 1928 ». GENY, S., 1931.1.282. AMIEUX, *Annales droit commercial*, 1931, p. 157. On signalera qu'antérieurement des juridictions s'étaient opposées à l'application de la loi du 27 déc. 1890 modifiant l'article 1780 C. civ. aux contrats en cours. Cf. Trib. com. Seine, 15 mai 1891, S., 92.2.123 et à l'application aux contrats antérieurs de la loi du 16 déc. 1927, d'après laquelle les contrats passés entre les compagnies d'assurances et leurs agents, à durée indéterminée devraient quant aux conditions de leur résiliation être soumis à l'art. 1780 C. civ., les contrats passés antérieurement demeurant la loi des parties. Cf. Cour d'appel Paris, 2 juill. 1928, *Gaz. des Tribunaux*, 1928, 1^{er} sem., 252 ; cf. toutefois revirement postérieur in Cour d'appel Paris, 19 juin 1931, *Rev. gén. des assurances terrestres*, 1931, p. 986.

On rappellera également une décision du Tribunal civil de la Seine du 10 janv. 1936, D.H., 1936.172 qui a appliqué le décret du 8 août 1935 sur les abus du marchandage à toutes les situations en cours. Il s'agit encore ici d'une loi protectrice du travail. La solution donnée s'appuie toutefois sur l'idée d'ordre public, qui fera l'objet d'une étude ultérieure. Cf. *supra*, pp. 297 et suiv.

préciser qu'elles n'entendaient pas ignorer une des catégories de rattachement du conflit transitoire.

Mais après avoir parlé de contrat, les arrêts font allusion à des dispositions de la loi nouvelle « d'intérêt social et de protection du travail ». Il nous semble qu'il y a bien là une qualification donnée par les juges, non en conformité avec la loi ancienne qui estimait que le délai-congé était du domaine des relations contractuelles, mais conformément au droit nouveau qui tend à considérer non plus des parties à un contrat de travail, mais d'une part, des employeurs, d'autre part, des travailleurs. La situation en cours n'est pas qualifiée de contractuelle conformément à la loi ancienne, ce qui aurait entraîné sa compétence et écarté la loi nouvelle, mais conformément à l'état de droit nouveau qui apparente le contenu non actualisé des situations nées de la relation de travail à un régime professionnel, à un régime de situations à opposabilité absolue, justifiant l'application de la loi nouvelle (23). Lerebours-Pigeonnière défendait d'ailleurs dans la matière voisine des conflits dans l'espace, à propos de la relation de travail, une position identique tendant à en faire rentrer le contenu non dans la catégorie des actes contractuels, mais dans celle intéressant l'organisation professionnelle. « Si le contrat de travail, écrivait l'éminent maître, est une institution de droit privé, l'organisation du travail relève du droit public (24), car elle est un aspect de l'organisation de l'Etat. En réglementant la durée du travail, le repos hebdomadaire, etc., la loi, dans l'intérêt de la vie sociale, subordonne les relations privées à la police de l'Etat, c'est-à-dire à des modalités dont l'exécution uniforme est surveillée par des agents de l'Etat et sanctionnée par des peines ou sanctions publiques » (25). La situation n'est

(23) C'est à ce résultat qu'était parvenu par un raisonnement parallèle et dont nous n'avons pu ne pas nous inspirer, M. le doyen ROUBIER (cf. *op. cit.*, T. II, pp. 132 et suiv.) encore qu'il n'ait pas insisté, comme nous avons cru devoir le faire, sur cette constatation que les critères du classement ont été recherchés conformément au droit nouveau et non au droit ancien, dans un état d'esprit analogue à celui rencontré en droit international privé.

(24) Dans la terminologie que nous avons adoptée en droit transitoire, on parlerait plutôt du régime des situations à opposabilité absolue.

(25) *Précis*, p. 257, n° 217. Sur le caractère extra-contractuel d'une partie notable du contenu de la situation de travail, cf. notamment P. DURAND, J.C.P., 1944.387. « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation du travail. » Egalement du même auteur, cf. note sous Cass. soc., 16 juin 1945, D., 1946.428, où il est mis en évidence que le pouvoir disciplinaire se rattache non au contrat, mais à la qualité d'employeur. Cf. également sur l'ensemble du problème RIVERO et J. SAVATIER, p. 238, et surtout p. 159 : « ... Les conditions de travail tendent, par la force des choses, à l'uniformité : le chef d'entreprise impose, à la masse de ceux qu'il emploie, des conditions identiques ; et, d'entreprise à entreprise, les exigences de la concurrence ou l'entente des employeurs tendent à la même unifor-

plus de celles qui intéressent des individus déterminés dans la qualité de contractants salariés vis-à-vis d'une entreprise déterminée, mais la situation met en réalité en rapport des catégories juridiques dont les droits et les obligations sont considérés indépendamment des rapports particuliers auxquels ils donnent lieu. De plus, la relation du travail dans la mesure où elle dépasse la personne de l'employeur pour s'attacher à la notion d'entreprise est de nature à révéler l'existence d'une situation non limitée dans le temps, au contraire du rapport de particulier à particulier.

Il faudra prendre garde, dans ce même ordre d'idées, à ce que les lois nouvelles qui ont pour objet une réglementation de l'économie s'adresseront souvent non à des contractants passés ou futurs, mais à des catégories d'individus dont la qualité résulte, certes, de leur activité contractuelle, mais dont le souci, que leur manifeste le législateur, est parfaitement étranger au caractère autonome des rapports qu'ils entretiennent (26). Ici encore, la qualification « *lege temporis* » sera de nature à justifier le rattachement de certaines situations primitivement contractuelles à la catégorie d'application de la loi nouvelle.

146. — Cette propension à classer le contenu non actualisé de la situation née de la relation de travail dans la catégorie des situations non autonomes et justiciables de la loi nouvelle va-t-elle se retrouver dans d'autres situations que l'on qualifierait, de même, de contractuelles conformément à leur loi d'origine, si on passait outre à la qualification « *lege temporis* » ? Cet esprit du droit moderne qui tend à considérer dans certaines conventions, comme le contrat de travail, non plus la situation autonome limitée dans sa durée et dans son efficacité à des personnages déterminés par la nature de son contenu, mais une situation représentative d'une certaine qualité juridique, n'est pas sans lien avec les directives actuelles de la politique économique. Il s'agit même pour des gouvernements qui ne sont pas, par principe, des adeptes d'un étatisme collectiviste, de retirer à l'ensemble des

misation. Dès lors, le régime du travail est la loi commune des travailleurs ; ceux-ci prennent conscience de la solidarité qui les unit ; et simultanément le même sentiment de solidarité apparaît entre employeurs. Les conditions du travail intéressent deux collectivités, celle des salariés, celle des patrons ; du plan individuel où les rédacteurs du Code plaçaient la détermination de ces conditions, celle-ci tend à s'évader, et à passer au plan collectif. »

(26) Cf. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 16, p. 40 : « La protection générale et abstraite de certains contractants n'a, quoi qu'on en dise, aucun rapport avec le respect de la volonté telle que le Code civil le concevait. Il s'agit tout simplement de protéger une catégorie spéciale de personnes contre la force des autres. »

situations autonomes la compétence à régir un certain secteur de l'activité humaine qui lui était alors dévolu (27).

C'est ainsi que nous avons vu qu'a été retirée du domaine des situations autonomes la réglementation des conditions du travail (28).

On peut se demander, avec juste raison, si l'après-guerre ne révèle pas une politique législative tendant à retirer des déterminations individuelles la répartition des logements d'habitation et des locaux commerciaux.

Le bail a été le moyen juridique par lequel était résolue une importante partie du problème de l'habitation. On a pensé que la fourniture du logement aux citoyens et la réglementation de son régime seraient réalisées par les arrangements conclus entre les propriétaires de logements et les « ayants-besoin ». On n'avait pas songé à considérer « *in abstracto* », la qualité de titulaire d'un logement dont il n'est pas propriétaire pour en définir les droits et les obligations, caractéristique de ce qui aurait été une situation à opposabilité absolue, hors du monde autonome du contrat.

Le bail, pourtant, pouvait, par certains de ces éléments, laisser entrevoir une telle attitude. On a déjà fait remarquer, en effet, que le contrat de bail étant de ceux qui donnent à un individu un pouvoir apparent sur une chose rappelait plus la situation évoquée par le droit réel que celle née de la prestation exigible d'un débiteur (29). M. le doyen Dabin a, depuis, fait une critique vigoureuse de cette opinion, faisant valoir que la maîtrise sur la chose ne s'exerçait que par le fait de son propriétaire, dont l'intervention était indispensable à la réalisation de la situation (30). La thèse combattue était évidemment partie sur une idée fausse de la distinction entre le droit réel et le droit de créance, encore que l'histoire du droit montre, en effet,

(27) Un tel retrait de compétence est certes une preuve d'impuissance du libéralisme et de la théorie de l'intérêt général obtenu par la réalisation des intérêts particuliers. On ne pourra nier toutefois, dans le marasme et les excès qui ont justifié cette intervention, une certaine responsabilité de la collectivité qui s'est parfois ingéniée à décourager les meilleures initiatives privées.

(28) L'opposition des forces créatrices du droit, selon l'expression de M. GENY, ne se situe plus à l'échelle des situations particulières, mais au niveau de la collectivité, entre les groupes représentatifs des genres et des qualités.

(29) Cf. DABIN, *op. cit.*, pp. 215 et suiv. ; CARBONNIER, T. II, p. 37, n° 15.

(30) Cf. *op. cit.*, *loc. cit.*, à propos de la défense du réalisme et de la conformité à la nature de la distinction des droits réels et des droits de créance. Dans le même ordre d'idées, on ne perdra pas de vue que certaines situations peuvent, quant à certains de leurs éléments, être justiciables de qualifications différentes, mais c'est dire qu'il s'agit alors de situations complexes susceptibles d'être analysées et réduites à une expression première. « ... Des contrats, écrit M. ROUBIER, comme l'emphytéose ou le gage, engendrent à la fois un droit réel et des rapports d'obligations entre parties ; en tant qu'il s'agit de ces rapports purement obligatoires prévaut alors le principe d'après lequel les lois nouvelles n'ont pas d'effet sur les contrats en cours. » (*Op. cit.*, II, p. 247, n° 100.)

l'exemple de cette consolidation de la situation du détenteur précaire au détriment du droit du propriétaire (31). Et l'assimilation de la situation du locataire à un droit réel, même si elle n'est pas poussée dans ses conséquences civiles les plus extrêmes, pourrait être de nature à entraîner un classement dans la catégorie des situations à opposabilité absolue.

147. — Une des hypothèses où ce dépassement de l'effet limité du contrat s'est révélé intéressant au point de vue transitoire, est celle de l'effet de la vente des lieux loués sur le bail (32). Sous le régime de la loi « *Emptorem* », l'acheteur d'un fonds loué n'était pas tenu de respecter le droit du locataire. Le Code civil (art. 1743), suivant en cela l'exemple de plusieurs législations antérieures, décida que le droit du locataire serait opposable à l'acquéreur dès lors qu'il avait date certaine. La question se posa alors de l'application de l'article 1743 à des ventes passées depuis la promulgation du Code civil, mais portant sur des baux antérieurs. Si l'on avait considéré le cas en le situant sur le terrain d'une sorte de cession de dette accessoire à la vente du fonds loué, on se serait référé à une situation purement contractuelle, au sens traditionnel du terme, soumis à une loi d'origine qui appliquait l'adage « vendage passe louage ». Mais la jurisprudence, par une localisation fort exacte, déclara que l'acquéreur tenant son droit de la loi nouvelle ne pouvait prétendre à l'application de la règle ancienne (33). En revanche, le locataire voyait sa situation considérée comme détachée de l'acte à effet limité qui lui avait donné naissance, et considérée par l'emprise de la loi nouvelle sur elle comme une situation à opposabilité absolue. Le résultat de la qualification en retrouvait les raisons profondes.

L'exemple, ici, met en réalité en rapport deux situations localisées à deux moments différents, justifiant donc l'application de lois différentes. Mais l'effet de la qualification « *lege temporis* » pourra être senti si l'on songe cette fois que pour une même situation, le locataire pourrait être considéré, conformément au nouvel état du droit, non comme la partie intéressée à une situation en cercle fermé, mais comme un « semblable » appartenant à un genre donné, caractérisé par une certaine qualité et un régime juridique conséquent, justifiable alors d'un classement dans notre catégorie des situations dont

(31) Sur l'appropriation par les particuliers de l'*ager publicus*, cf. MONIER, *Cours de doctorat*, 1952-53 ; cf. également : CARCOPINO, *Autour des Gracques*. On se rappellera également ce retour à la propriété du type quiritaire réalisé par la disparition des domaines éminents et utiles, constatée à la fin de l'Ancien Régime.

(32) Cf. ROUBIER, II, pp. 172 et suiv.

(33) Cf. C. appel Dijon, 29 prairial, an XIII, S., chron., p. 263.

le contenu non actualisé est soumis à la loi de survenance. On pense alors à une assimilation du droit né du bail à un droit réel, à laquelle faisait déjà songer l'application de l'article 1743 du Code civil, non en raison de la maîtrise sur une chose, mais en vertu d'une certaine opposabilité générale de la situation de locataire.

C'est, pourrait-on croire, à ce résultat que, selon certains, seraient parvenus les textes de 1926 et 1953 relatifs aux baux commerciaux et la loi de 1948 sur les baux à usage d'habitation. L'examen du régime transitoire de ces textes est rendu difficile par l'existence de dispositions prévoyant expressément leur domaine d'application dans le temps : le texte s'applique, en principe, aux baux en cours. De nombreuses obscurités, voire quelques incohérences de ces dispositions transitoires justifient néanmoins un recours à la méthode du conflit (34).

Sur le plan transitoire, on rappellera qu'il s'agit de distinguer la recherche qui conduit à l'application de la loi nouvelle aux situations en cours de celle qui conduit à rechercher si le législateur a entendu promouvoir une rétroactivité atténuée. L'une et l'autre ont pour conséquence l'application de la loi nouvelle au contenu non actualisé de situations en cours, mais alors que l'application de la loi nouvelle aux situations non autonomes ne constitue pas un effet rétroactif, il y aurait rétroactivité à appliquer la loi nouvelle à une situation qualifiée autonome. Il ne faut donc pas conclure de l'application dans les deux cas d'une loi identique à l'identité des causes, car l'application de la loi nouvelle tient dans un cas à l'exclusion de la règle de conflit et dans l'autre à son application. Ici, la loi nouvelle est applicable conformément à sa fonction propre, là, conformément à la règle de conflit, au titre de loi désignée. Il y a là, semble-t-il, une raison supplémentaire en faveur de l'opinion que l'application de la loi nouvelle aux situations autonomes relève d'un cas de rétroactivité. Il demeure que les raisons qui déterminent le législateur à promouvoir plus ou moins expressément une rétroactivité atténuée ne sont pas étrangères à celles qui poussent l'interprète de la règle de conflit à rechercher si la loi nouvelle n'est pas de nature à qualifier situation non autonome ce qui était à l'origine une situation autonome. Toutefois, la recherche de la rétroactivité atténuée, en raison des termes mêmes de l'article 2 du Code civil, est une recherche d'intention quasi formelle. La qualification « *lege temporis* » conduit au contraire à une analyse beaucoup plus libre de la nature profonde des choses (35).

(34) Cf. sur l'ensemble du problème, notamment R.D., note au D., 1948.529.

(35) Cf. ROUBIER, I, pp. 616 et suiv. Il y aura lieu ultérieurement à opposer la qualification *lege temporis* à l'effet de l'ordre public tendant à écarter la règle de conflit.

Le droit au maintien dans les lieux que confère la loi du 1^{er} septembre 1948 va devoir être qualifié pour savoir s'il se rattache au contenu non actualisé d'une situation autonome, ou au même contenu d'une situation à opposabilité absolue. Si on estime que le maintien dans les lieux, mis à part tout droit transitoire substantiel, a été introduit pour consolider à l'intérieur des situations contractuelles la situation du locataire vis-à-vis de son propriétaire, la loi nouvelle ne doit pas être appliquée à un tel élément du contenu soumis à la loi d'origine du contrat. Si, au contraire, la reconnaissance du droit au maintien est qualifiée par l'interprète de la loi nouvelle, sous l'aspect d'une disposition destinée à modifier le régime juridique d'une certaine catégorie d'individus faisant l'objet d'une différenciation, en raison de leur qualité, on se trouve alors en présence de situations soumises à la loi nouvelle. On sent ici la vérité profonde de ce qui a été dit à maintes reprises par différents auteurs de l'influence des circonstances de temps et de lieu sur la qualification et la portée que la qualification « *lege temporis* » donne à la règle de conflit.

Parmi une jurisprudence abondante, on proposera de s'arrêter un instant sur deux décisions illustrant cette alternative en des termes qui rendent difficile une prise de position définitive.

Un jugement du Tribunal civil de Bordeaux du 4 novembre 1953 (36) a été rendu à propos de l'application du décret du 9 août 1953 inséré dans l'article 4 de la loi de 1948 pour préciser le régime des sous-locations en regard du droit au maintien dans les lieux. Il penche résolument pour la qualification contractuelle, au sens transitoire, du droit au maintien et écarte l'application du texte nouveau aux sous-locations antérieures (37).

En revanche, sur la même question, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 janvier 1954 a fourni une solution diamétralement opposée en décidant que le décret du 9 août 1953 s'applique aux instances en cours, notamment en ce qu'il dispose qu'en cas de sous-location partielle, le droit au maintien dans les lieux n'est opposable au proprié-

(36) La loi de 1948 a été expressément applicable aux contrats en cours ; aussi, sommes-nous contraints, pour en rester au seul domaine du conflit dans le temps, de nous référer à des dispositions d'application d'un intérêt fondamentalement moindre, mais qui n'ont pas fait l'objet d'une réglementation transitoire spéciale. Cf. également, sur l'application dans le temps du décret du 9 août 1953, R. LATRILLE, *Rev. Loy.*, 1956.335.

(37) Cf. Trib. civ. Bordeaux, 4 nov. 1953, *Journal des Notaires*, 1954.600, obs. BRACHET : « L'article 7 du décret du 9 août 1953 a ajouté à l'art. 4 de la loi du 1^{er} sept. 1948, un 3^e al. prévoyant qu' " en cas de sous-location partielle, le droit au maintien dans les lieux n'est opposable au propriétaire que pendant la durée du maintien dans les lieux du locataire principal ", n'étant pas un texte interprétatif, ne saurait avoir une portée rétroactive et faire échec au maintien dans les lieux dont bénéficiait jusque-là, en vertu de l'article 4, un sous-locataire régulier ayant reçu congé. » Cf. en ce sens, art. J.G.L. au J.C.P., 1949.4821.

taire que pendant la durée du maintien dans les lieux du locataire principal (38). L'arrêt se fonde sur la nature du droit « essentiellement provisoire qui s'attachait à une situation que le législateur refuse de protéger dorénavant ». Autant dire ici qu'il s'agit d'une situation ne relevant pas du monde fermé et autonome des relations contractuelles, ce qui entraîne l'application de la loi nouvelle. Au demeurant, cette opinion paradoxalement ignorante de l'origine contractuelle du contractant envisagé sous cette unique qualité n'est pas tellement insolite, si on se rappelle qu'elle a pu être prise en considération comme telle pour entraîner l'application d'un régime étranger au contrat (39).

Une qualification qui tient compte des conditions du moment peut ne pas bénéficier de ce caractère de certitude et de clarté qui situe la valeur du moyen de droit. Aussi, encore que le problème que nous posent ces quelques développements n'entre pas directement dans le cadre des préoccupations qui inspirent ce présent travail, il nous faut rechercher quels sont ici les éléments qui peuvent nous permettre de penser que la qualification, donnée au moment de la loi nouvelle, sera différente de celle qui serait fournie si on se plaçait à une tout autre époque.

Ces éléments, avons-nous vu, tiennent tant à des circonstances extérieures à la loi nouvelle qu'à la loi nouvelle elle-même.

Les lois sur la propriété commerciale et les loyers d'habitation révèlent incontestablement l'intention du législateur moderne de retirer à l'ensemble coordonné des initiatives privées, réalisées dans les situations autonomes, tout ou partie notable de leur compétence à organiser le logement des individus. Encore faudra-t-il qu'une telle constatation se précise quelque peu dans la volonté exprimée des fins poursuivies et dans la technique employée.

148. — Une telle volonté peut s'induire de la déclaration du législateur que les dispositions nouvelles sont d'ordre public. Il ne faut d'ailleurs pas confondre ici l'intervention de la notion d'ordre public comme élément de la qualification donnée au contenu non actualisé d'une situation, avec l'ordre public mis en jeu pour écarter l'application de la règle de conflit. Nous nous attacherons ultérieurement à faire ressortir l'intérêt profond d'une telle distinction (40).

(38) *Journal des Notaires*, 1954.601, obs. BRACHET.

(39) Cf. Commission régionale 1^{re} instance Séc. soc., St-Etienne, 6 juill. 1955, *Gaz. Pal.*, 1955.2.174, *Rev. trim. droit com.*, 1956.416, obs. JAUFFRET, qui fait allusion aux obligations légales attachées à la qualité de contractant d'une location-gérance, notamment vis-à-vis des tiers. Il y avait lieu à l'application du décret du 22 sept. 1953 aux contrats en cours. La loi du 20 mars 1956 a d'ailleurs résolu les difficultés soulevées par ce texte à de multiples égards, en ne soumettant plus les loueurs de fonds aux obligations des commerçants, sous certaines conditions.

(40) Cf. *infra*, pp. 298 et suiv.

L'allusion à l'ordre public peut dénoter simplement ici l'intention du législateur de transférer le contenu non actualisé d'une situation à l'origine contractuelle, donc née d'un acte à effets limités dans la catégorie des situations non autonomes. C'est là une manifestation particulièrement intéressante de la qualification « *lege temporis* ».

La déclaration d'ordre public n'est malheureusement pas déterminante en raison des acceptions très variées et très diverses dans son intensité que reçoit un tel vocable. Les tribunaux, en présence de dispositions dites d'ordre public, n'en continuent pas moins à proclamer l'application à une situation de la loi ancienne, ce qui dénote un classement dans la catégorie des situations autonomes. Souvent d'ailleurs, comme en matière de lois anti-usuraires, cela tenait à une localisation directe d'un effet du contrat à l'époque de la loi ancienne (41). Peut-être plus déterminante encore est la considération de l'ordre public comme condition d'existence du contrat, ce qui explique qu'il ne soit plus question d'en tenir compte, même pour des effets non encore survenus du rapport contractuel. C'est ici la conception de l'ordre public inscrite à l'article 6 du Code civil qui joue, et non celle utilisée comme élément de qualification. La différence, encore que n'étant pas de nature, mais de genre, n'en marque pas moins l'équivoque du terme d'ordre public en tant que critère d'une qualification déterminée. On ajoutera d'ailleurs, conformément à la même tendance, que cela peut être au nom de l'ordre public du respect des contrats que la qualification *lege temporis* pourra intervenir en faveur d'un classement de la situation dans la catégorie de celles soumises à la loi ancienne (42) et qu'un tel principe peut enfin être affirmé avec d'autant plus de force dans sa généralité qu'on est enclin à l'exclure, dans le domaine d'un type particulier. La déclaration d'ordre public a donc la valeur d'un simple indice et non d'une condition nécessaire, sinon suffisante, du classement d'une situation donnée dans la catégorie des situations non autonomes (43).

(41) Cf. sur la non-application des textes réprimant l'usure aux contrats en cours. Cass., 3 mai 1809, S., Chron.; Cass., 29 janv. 1812, S., Chron.; Cass., 5 mars 1834, S., 34.1.597; 16 nov. 1836, S., 36.1.939; D. 37.1.46; Cass. civ., 20 juin 1888, S., 89.1.9; D., 89.1.26.

(42) C'est là un des arguments essentiels utilisés par M. ROUBIER pour rejeter la rétroactivité des lois d'ordre public; cf. *op. cit.*, I, pp. 530 et suiv.

(43) Le caractère d'ordre public des lois nouvelles relatives aux sociétés a été mis plus d'une fois en avant pour en justifier l'application aux sociétés antérieurement constituées. Cf. notamment art. LEBLOND, *Journal des Sociétés*, 1949, p. 242 : « Le régime transitoire des sociétés conduit, selon nous, à distinguer la situation originaires des fondateurs qui doit être régie par la loi ancienne et les situations qui naissent du contact de l'être moral créé avec le milieu social et qui, mettant en cause le contenu de la personnalité juridique lié à l'existence de l'être moral, ressortissent des situations à opposabilité absolue dont le contenu non actualisé est soumis à la loi de survenance (leur contenu déjà actualisé est soumis naturelle-

149. — Le caractère impératif des dispositions nouvelles sera-t-il un meilleur indice du changement de qualification ? Les conclusions prononcées par M. l'avocat général Marion refléteraient assez bien une opinion selon laquelle le caractère impératif de la loi nouvelle est de nature à influencer la qualification et sa portée sur les situations en cours (44). La situation à l'origine contractuelle va, par l'effet de l'appréciation « *lege temporis* », être l'objet d'un classement dans la catégorie soumise à la loi nouvelle, induit du caractère impératif de la loi nouvelle. A première vue, un tel caractère, encore qu'il puisse dénoter chez les auteurs l'intention de voir la législation nouvelle régir l'ensemble des situations identiques quelle que soit la date de leur origine, n'est pas plus déterminant d'une qualification dans la catégorie des situations à opposabilité absolue que dans celle des situations intéressant des individus prédéterminés. « L'impératif ne transforme-t-il pas, se demande M. Marion, pour partie au moins, le contractuel en institutionnel ou statutaire ? » On perçoit néanmoins ici toute l'acuité de la portée de la qualification « *lege temporis* ».

C'est une erreur qui a été bien souvent dénoncée que l'impératif est étranger au domaine contractuel (45). De ce qu'une partie du contenu des situations contractuelles est laissée à la compétence des particuliers ne doit pas faire perdre de vue que là où le législateur est intervenu dans un tel domaine, il l'a fait avec une rigueur et un souci d'être obéi d'autant plus grands qu'une certaine liberté était prévue sur d'autres points. Le capitalisme libéral qui a marqué si profondément le régime du contrat a créé la règle d'un « jeu » sans pitié pour les tricheurs (46). L'organisation de l'économie par l'ensemble des rapports contractuels n'est, en effet, concevable pour

ment au droit ancien).» Cf. toutefois sur l'application des lois nouvelles aux sociétés en cours la longue liste de décisions rendues dans le sens d'une « survie » de la loi ancienne. Cass. civ., 9 mars 1864, S., 64.1.489 ; 14 mars 1869, S., 70.1.125 ; 9 janv. 1878, S., 78.1.409 ; 12 févr. 1879, S., 79.1.277 ; Paris, 19 févr. 1897, D., 98.2.513 ; S., 99.2.185.

Cf. également Cass. civ., 26 juin 1900, S., 1900.1.329. Les sociétés civiles qui avaient une forme anonyme avant la loi du 1^{er} août 1893 et n'ont pas mis à profit la faculté de se transformer en sociétés commerciales, qui leur était ouverte par l'art. 7 de la loi de 1893, conservent le caractère de sociétés civiles. Sur l'application de l'article 1341 du C. civ. nouveau aux sociétés entre époux antérieurement constituées, cf. chronique HEMARD, précitée, ici en vertu d'une clause de rétroactivité.

(44) Conclusions sous Cour d'appel, Paris, 9 mai 1956, *Revue des loyers et de la propr. commerciale*, 1956, p. 243, rendues pour justifier l'application rétroactive de dispositions modificatives du décret de 1953 sur les baux commerciaux.

(45) Cf. notamment RIFERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 37 ; cf. également VALSON, *Maintien dans les lieux et droit de reprise*, pp. 93 et suiv., et pour la conséquence à en tirer sur le plan du droit transitoire, cf. ROUBIER, I, pp. 616 et suiv., à propos de l'exclusion tacite de l'application de la loi ancienne aux contrats en cours.

(46) Sur la notion de « jeu contractuel », cf. CARBONNIER, II, vol. 2, p. 320.

les économistes libéraux que par le respect d'un principe essentiel de limitation à un cercle déterminé des effets des conventions, qui, seule, permet la concurrence, facteur d'équilibre.

A vrai dire, la confusion tient à la modification qu'a subi le concept de contrat. A l'origine, il représente cet accord de volonté créateur de rapports d'obligations entre sujets déterminés, qui nous a paru justifier une localisation de l'ensemble sous l'empire d'une seule loi. Mais dans la mesure où il dépasse le cercle des contractants pour constituer une réalité objective dont les tiers et la collectivité doivent tenir compte (47), il est certain que la dénomination de contrat serait impuissante à elle seule à éviter un changement de catégorie. En réalité, le contrat n'est justiciable de la loi d'autonomie que dans la mesure où il crée un rapport d'obligations entre personnes déterminées et pour une durée limitée. La situation contractuelle qui dépasse ce domaine, quelle qu'en soit son origine conventionnelle, justifie une tout autre analyse transitoire.

Une telle constatation s'impose depuis longtemps en droit transitoire, où il n'est pas question de soumettre à la loi d'origine les situations, pourtant d'origine conventionnelle, qui, par leur contenu non actualisé, dépassent le rapport d'obligations et intéressent par leur opposabilité la collectivité ou les tiers, telles les situations du droit de la famille, comme l'adoption, le mariage, telles du droit des biens, l'hypothèque, telles, avons-nous vu, du droit professionnel, les relations de travail.

Ce qu'il importe de savoir ici, c'est si le législateur, en introduisant le maintien dans les lieux, a eu l'intention de créer une situation non autonome, de gérer la répartition des logements par voie directe, d'en retirer la compétence à l'ensemble équilibré des situations autonomes.

Or, s'il ne fait pas de doute que les auteurs des textes sus-visés ont cherché à remettre un peu d'ordre dans ce domaine, c'est la considération des situations particulières qui a servi d'assises aux dispositions nouvelles. Les notions d'occupant sans titre, d'occupant de bonne foi ne se conçoivent, en effet, que dans le cadre d'une situation contractuelle originelle. Le pouvoir politique n'a pas cherché à procéder, tout au moins sur le terrain des principes, à une répartition autoritaire des logements ou des locaux sur la seule comparaison des existants d'une part, et des besoins d'autre part. Le locataire, l'occupant de bonne foi, ne sont pas considérés comme des ayants droit à un logement, mais comme des créanciers de jouissance de biens à l'encontre de propriétaires, comme des parties à une situation dont les effets

(47) Cf. not. Cass. civ. com., 19 oct. 1954, D.S., 1956.5.3.

ne dépasseront pas un cercle restreint. La qualité de locataire n'a pas été prise en considération par les lois nouvelles de la même manière que la qualité de travailleur l'avait été dans la loi de 1928. Le régime juridique du droit au maintien se réfère sans cesse à la situation contractuelle qui est à son origine et on n'aurait pas pu concevoir, en dehors, une disposition transitoire spéciale dont on ne discute nullement ici l'opportunité, l'application de la loi nouvelle aux baux en cours. Le droit au maintien dans les lieux, contenu non actualisé, et pour cause, se rattache à une situation autonome, et dans la mesure où la loi d'origine en restreint les effets ou l'ignore, il n'y a pas lieu, dans les rapports entre les contractants, de tenir compte de la loi nouvelle (48).

Il demeure, et la distinction devait être faite pour éviter toute confusion, que les droits des tiers à l'encontre d'une telle situation, se localisent au jour de leur survenance : on admettrait ainsi l'opposition du droit au maintien à l'acquéreur des lieux loués.

150. — C'était bien là ce qu'avait fait le vieil arrêt de la Cour de Dijon dont nous parlions à propos de l'application transitoire de l'article 1743 (49). Mais il s'agit d'une situation nouvelle localisée à l'époque de la loi nouvelle, encore que certains de ces éléments constitutifs s'appuient sur une situation antérieure. La répartition des locaux, aux termes mêmes de la qualification telle qu'elle est donnée actuellement, nous paraît donc demeurer du domaine des situations à effet limité aux personnes originairement en cause (50). Le législateur de 1948 avait prévu l'application du droit au maintien aux contrats antérieurs. Mais la situation qu'il a créée conserve une grande partie de son contenu contractuel originaire. Dans la mesure où les textes nouveaux n'ont pas prévu sur des questions particulières une application de la loi nouvelle, la règle de conflit conduit à

(48) Cf. dans le sens de la position ici défendue, Trib. civ. Fontainebleau (référés), 20 juill. 1949, J.C.P., 1949.5116 : le bénéfice au maintien dans les lieux est accordé aux clauses et conditions du bail primitif. En conséquence, l'occupant en possession à la date du 1^{er} septembre 1948 peut également sous-louer au même titre que le locataire titulaire d'un bail en cours.

(49) Dans le même ordre d'idées, si on imagine une législation ancienne qui ignore le droit de reprise du bailleur, la loi nouvelle qui l'organise ne s'applique pas aux baux antérieurs, sauf disposition transitoire spéciale, encore que l'acquéreur des lieux loués puisse l'opposer selon les conditions nouvelles au titulaire du bail. Le droit de reprise est d'ailleurs la contrepartie du maintien dans les lieux ; cf. VALSON, *op. cit.*, pp. 115 et suiv.

(50) Sur le régime transitoire de la cession de créance, il est opportun de rappeler ici que les conditions et ses effets sont du domaine de la loi nouvelle, mais la créance reste la même, soumise à la loi ancienne, conséquence de la localisation qu'éviterait la novation par changement de créancier ; cf. ROUBIER, II, pp. 34, 37 et 40.

rechercher si la qualification « *lege temporis* » n'entraîne pas un classement de la situation en cours dans une situation non autonome. Or, il semble bien que les réformes ne se conçoivent que dans le cadre contractuel primitif auquel il est fait à maintes reprises allusion. On a parlé ici d'une situation légale créée par la loi nouvelle. Le droit au maintien répond, dans une certaine mesure, à une telle proposition; mais s'il s'agit d'une situation légale, son assise et son contenu demeurent contractuels, et sauf dispositions expresses de la loi nouvelle, soumis à la loi d'origine (51).

La « situation légale d'origine contractuelle » se caractérise par le fait que certains résultats obtenus par les effets d'un contrat né sous l'empire de la loi ancienne, sont appréhendés et qualifiés à l'époque de la loi nouvelle sous la forme d'une situation de fait saisie par la loi nouvelle. La qualification conduirait, selon cette opinion, à classer le maintien dans les lieux comme l'effet d'une situation nouvelle et non comme une conséquence du contrat antérieur. Il faut donc prendre garde, dans l'effort de localisation du contenu non actualisé, que la situation née du bail doit être distinguée des situations nouvelles fondées sur la prise en considération par la loi nouvelle de la situation de fait, rassemblant certains résultats issus du contrat antérieur et terminés. On fera alors remarquer que la loi de 1948 entend saisir non seulement les situations correspondant à des baux terminés à sa promulgation, mais également les baux en cours, en quoi elle porte atteinte au contenu d'une situation antérieure.

Il n'est pas nié que la qualification « *lege temporis* » doive tenir compte des préoccupations du législateur actuel de répondre à un besoin d'ordre général et sans formulation juridique précise jusqu'à présent : le besoin de logement. La réalisation de ce besoin par le maintien dans les lieux fournit la mesure de la distinction entre la situation née du bail et la situation du maintien dans les lieux. Or, son expression juridique demeure le bail, situation autonome à destinataires déterminés, et elle se trouve limitée par une contrepartie essentiellement interne à la situation, le droit de reprise (52). Son ressort territorial limité et le désir du législateur de ne pas continuer

(51) On a cru pouvoir partir d'une opposition entre les prorogations et le régime du maintien dans les lieux pour justifier une nature purement « légale » du maintien dans les lieux, ce qui transcrit en langage transitoire aurait entraîné, même en l'absence de toute intention du législateur, l'application de la loi aux baux antérieurs. M. VALSON (*op. cit.*, p. 95), a montré avec justesse que l'opposition n'était pas telle entre les deux procédés, d'abord sur le terrain de l'origine où c'est bien la loi qui, en fin de compte, règle le contenu tant des obligations conventionnelles que des obligations dites légales, sur la comparaison, ensuite, des effets propres à la prorogation et au maintien.

(52) Il n'y a pas, ici, un droit ouvert à des étrangers à cette situation, comme pour le régime des baux ruraux, qui ouvrait un droit de préemption aux « professionnels de l'agriculture », disposition abrogée depuis lors.

à imposer le maintien pour les locataires entrés dans les lieux à partir d'une certaine date, militent, semble-t-il, en faveur de l'idée que le droit au maintien relève du contenu d'une situation autonome, c'est-à-dire limitée dans sa durée, limitée quant à ses destinataires pris dans leur qualité originaire, et n'est donc applicable aux situations en cours que si l'intention du législateur est dépourvue d'équivoque sur ce point.

D'autres situations sont, de même, susceptibles d'une analyse identique, et capables d'éclairer la portée que nous entendons donner à la qualification « *lege temporis* ». On pensera tout particulièrement à l'application, dans le temps des réformes de 1938, du droit successoral et du régime des libéralités, à laquelle on consacrera un bref développement.

151. — La loi du 7 février 1938 et le décret-loi du 17 juin 1938, en modifiant la condition des libéralités en regard du droit successoral, a soulevé un conflit de qualification des plus intéressants dont la solution a été fournie naturellement « *lege temporis* ».

Pour une succession ouverte après la promulgation de la loi nouvelle, il s'agissait de savoir si les libéralités antérieures suivraient dans leur rapport à la succession le régime antérieur ou la loi nouvelle. Le problème de la qualification intervient alors de la façon suivante : si on rattache la situation née de la libéralité faite à un successible à la succession, celle-ci se localisant au jour de son ouverture, on applique la loi nouvelle. Si on rattache cette situation à la libéralité, il convient de lui appliquer le régime transitoire des situations nées d'actes à destinataires déterminés, c'est-à-dire de la soumettre à sa loi d'origine, écarter donc le jeu des réformes (53). Là où la portée de la qualification « *lege temporis* » apparaît, c'est dans la mesure où l'état du droit existant lors des réformes a conduit à rattacher la situation plutôt au droit des libéralités soumis à la loi d'origine, qu'au droit des successions relevant de la localisation directe et de l'application de la loi de survenance, soit en l'hypothèse, la loi nouvelle (54).

(53) On notera, ici, que la qualification peut ou conduire à un classement dans une catégorie soumise à la loi ancienne, une situation donnée, ou la confondre avec une situation nouvelle née depuis la promulgation de la loi. Dans cette seconde hypothèse, la qualification conduit non au classement dans une catégorie de rattachement, mais à une localisation directe par fusion de la situation antérieure dans une situation nouvelle ; cf. *supra*, pp. 192 et suiv.

(54) Sur l'application transitoire de l'ensemble des réformes de 1938, on citera les travaux de MM. CARBONNIER (D.C., 1943.101) ; COSTES (note au S. 1943.2.1) ; DESBOIS (note sous le texte du décret-loi, 17 juin 1938, D. 1938.4.356) ; FLOUR (D.C., 1944.109) ; ROUBIER (Chron. au J.C.P., 1943.1.326). Cf. également dans la thèse de M. BRIQUELER (Nancy, 1939), *Transmission et attribution intégrale des exploitations familiales*, sur notre problème, pp. 152 et suiv.

Il s'est, tout d'abord, posé la question de la loi applicable aux conditions du rapport des libéralités antérieures à 1938 pour des successions ouvertes depuis cette date. La situation du donataire soumise au rapport, quant à ses éléments non encore actualisés, devait-elle être régie par la loi qui gouverne la libéralité, situation autonome, ou le rapport s'exerçant à l'occasion d'une succession, être rattachée à la loi appliquée à l'ouverture de la succession ?

La qualification portait sur le point de savoir si la situation née du rapport est d'ordre « contractuel » ou d'ordre successoral.

Une jurisprudence très ferme a appliqué, « *lege temporis* », un classement de la situation dans la catégorie d'application de la loi d'origine (55). La Cour de cassation notamment a estimé que l'obligation au rapport et ses modalités étant principalement d'ordre contractuel, et « les effets d'un contrat étant régis par la loi en vigueur à la date de sa formation » (56), c'est conformément aux anciens articles 859 et 860 du Code civil que devait être exécuté le rapport à la succession ouverte postérieurement au décret-loi du 17 juin 1938.

La situation née du rapport a donc fait l'objet d'une qualification dans la catégorie soumise à l'application de la loi d'autonomie, c'est-à-dire des situations nées d'actes à durée limitée et à destinataires déterminés. Le rapport est analysé comme une situation se rattachant à la libéralité et non à la succession : et c'est bien là qu'apparaît la portée de la qualification « *lege temporis* », car antérieurement aux réformes de 1938, il eût été beaucoup plus probable que la situation née du rapport fit l'objet d'une qualification successorale (57).

Comme on l'a fait remarquer (58), le rapport s'intégrait dans l'ordre légal des successions, soumises à la loi en vigueur lors de l'ouverture. Une telle qualification était étayée notamment par la règle voulant que le renonçant à la succession échappe au rapport et par l'application de la nullité pour pacte sur succession future à toutes les

(55) Cf. notamment Cass. Req., 5 mai 1943, J.C.P., 1943.2285 ; D.C., 1944.109 ; note FLOUR, Cour d'appel Montpellier, 28 juill. 1942, S., 1943.2.49, avec une note essentielle de M. le professeur BATIFFOL. Cf. également VOIRIN, J.C.P., 1943.2.129 et J.C.P. 1946.2.937 et CAVAROC, J.C.P., 1951.5997.

(56) Nous avons déjà vu qu'une telle formule est fautive car tous les effets d'un contrat ne sont pas régis par la loi d'origine, et même ceux qui se limitent à son effet relatif peuvent être soumis à la loi nouvelle ; cf. *supra*, pp. 224 et suiv.

(57) Cf., rappelée dans la note de M. BATIFFOL précitée, la doctrine d'AUBRY et RAU qui s'étaient prononcés en ce sens (cf. 6^e éd., T. I^{er}, § 30, p. 59) et cités par le même auteur quelques arrêts en faveur de la compétence de la loi du jour du décès du donateur ; Cass. Req., 23 avril 1839, S., 39.1.587, et 29 mars 1842, S., 42.461 ; également DEMOLOMBE, *Publication des lois*, n° 48.

(58) BATIFFOL, note précitée.

conventions modifiant « au-delà de la permission légale », les règles du rapport. Il demeure évidemment que l'interprétation de la volonté du disposant se localisant au moment de la donation, ce n'est que conformément à la loi d'origine que peut s'apprécier le fait de savoir si la libéralité a été faite en avancement d'hoirie et doit s'exécuter en nature. Il y a là, en effet, une application de la distinction entre la localisation naturelle et la localisation par qualification, réservée au contenu non actualisé.

Or, c'est bien de contenu non actualisé qu'il s'agit quand on recherche quelles sont les limites à la liberté du disposant. De son vivant, elles n'existent pas. C'est à sa mort qu'elles apparaissent, c'est pour organiser l'égalité entre les héritiers qu'on a prévu l'institution : on en conçoit donc antérieurement aux réformes de 1938 le rattachement au droit successoral et la soumission des éléments de la situation non actualisés à la loi applicable à la succession. Mais pour la détermination du régime transitoire des textes de 1938, l'appréciation des situations antérieures a été conduite conformément au nouvel état du droit. Les réformes semblent bien avoir modifié profondément le caractère du rapport. En décidant notamment qu'il s'effectuera en moins prenant et sur l'estimation de la valeur du bien donné au jour de la donation, la situation s'éloigne de la qualification qui lui était donnée antérieurement lorsque le rapport s'exécutant en nature avait pour effet de résoudre la libéralité et de replacer le bien donné dans le patrimoine du donateur. La situation du donataire non préciputaire est celle maintenant d'un « débiteur à terme incertain envers ses cohéritiers d'une valeur déterminée définitivement au jour de la donation » (59). La qualification « *lege temporis* » a donc, ici, marqué que la situation née de l'obligation au rapport « n'est plus un effet du décès déterminant le patrimoine héréditaire, il est d'abord une dette du donataire dérivant de la donation ». Si le but du rapport demeure le maintien d'une égalité entre des cohéritiers, les moyens s'apparentent désormais plus au régime de la libéralité qu'à la technique successorale. Au contraire de ce qui s'était produit pour la relation de travail, la qualification introduite par la loi nouvelle conduit à l'application de la loi ancienne au rapport des libéralités antérieures à la réforme (60).

(59) BATIFFOL, *op. cit.*, *loc. cit.*

(60) D'autres questions transitoires soulevées par les réformes de 1938 fournissent une illustration de la méthode de la localisation par qualification, mais sans toutefois mettre en évidence le principe d'une qualification *lege temporis*. Aussi ne citerons-nous que pour mémoire la qualification contractuelle donnée à la donation de biens à venir (cf. note, Cass. civ., 15 janv. 1952, J.C.P., 1952.6944, note critique CAVARROC), alors qu'est qualifiée dans son ensemble de rapports d'ordre successoral la situation née de la donation-partage (cf. Cass., 18 nov., 1950, 2 arrêts

152. — Nous allons retrouver également un problème de classement, entre une catégorie soumise à l'application d'une loi ancienne et une situation entièrement nouvelle soumise à la loi nouvelle, avec le régime des situations connexes (conditions d'exercice des droits et situation nouvelle constituée à partir d'un état de fait).

Nous avons mis en évidence cette catégorie particulière au cours de l'analyse du contenu des situations quand nous nous attachions à ne pas confondre le contenu d'une situation préexistante avec la situation nouvelle posée par le seul exercice des droits nés du rapport ancien ou par la prise en considération de l'état de fait continu existant lors de l'apparition de la norme nouvelle. C'est en matière de droit judiciaire que la distinction était la plus nette entre la situation ancienne et la situation judiciaire nouvelle. Mais, en dehors de ce domaine, il existe des modes d'exercice des droits, dont le régime transitoire peut être distinct du fond du droit. Un problème de qualification intervient donc qui conduira à détacher de l'examen d'une situation antérieure les éléments constitutifs de la situation connexe nouvelle, propre à l'exercice des droits antérieurs. La portée de la qualification « *lege temporis* » sera appréciable si l'on songe que cette séparation du fond et de la forme sera faite conformément aux critères dégagés à partir du nouvel état du droit (61).

L'intérêt d'une telle distinction se posait déjà pour les éléments du contenu ayant fait objet d'une actualisation à l'époque de la loi ancienne. C'est ainsi que la preuve préconstituée et la présomption

J.C.P., 1951.5997 ; S., 1951.I.193, note BATIFFOL ; Bourges, 26 juill. 1949, J.C.P., 1950.5516 ; Cass. civ., 1^{er} civ, 2 nov. 1955, D.S., 1956.74 et les notes de M. ROUBIER au J.C.P., 1946.3052 et 1950.5516). L'application transitoire des lois nouvelles relatives à la réserve illustre enfin les localisations différentes qu'une même institution peut provoquer dès lors qu'on l'examine sous l'aspect d'une situation ancienne née d'actes à destinataires déterminés, ou sous l'aspect d'une situation nouvelle née de l'opposition à l'époque de la loi nouvelle entre l'un des intéressés à la loi ancienne et un tiers. C'est ainsi que la loi nouvelle réduisant la quotité disponible ne peut être opposée au bénéficiaire d'une donation antérieure, alors que les héritiers réservataires, leurs droits étant nés du jour de la succession, ne peuvent prétendre à l'application d'une loi antérieure accordant une réserve plus importante que la loi nouvelle. Cf. sur ce point CAVARROC, J.C.P., 1949.4920 ; DESBOIS, D., 1931.472 ; MARTY, *Rev. crit. leg. et jurisp.*, 1931.393 ; ROUBIER, J.C.P., 1949.5062 ; J.C.P. 1949.466 ; VOIRIN, J.C.P., 1944.2529 ; J.C.P. 1946.2966, à propos de l'application dans le temps de la loi du 3 déc. 1930 modifiant la quotité disponible entre époux.

(61) Sur la nécessité de procéder ici à une telle qualification, cf. notamment Cass. civ., 1806, S., chron. Bruxelles, 22 août 1807 ; S., chron. Cass. civ., 9 mai 1932, S., 1932.I.308 ; Lyon, 15 janv. 1936, S., 1936.2.136 ; Conseil Préfecture Seine, 29 juin 1936 ; *Gaz. Tribunaux*, 14 nov. 1936. Elle est apparue notamment à propos de l'application dans le temps de la loi du 29 avril 1924 supprimant la nécessité d'un inventaire ou d'un état pour la preuve des reprises de la femme. Selon un arrêt de la Cour de Dijon (4 juill. 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.2.745), la loi nouvelle, en permettant à la femme de justifier de ses reprises suivant le droit commun à l'égard

légale constituent des éléments qui se localisent dans le temps à l'époque de la loi ancienne et participent de ce fait au régime d'une situation antérieure. La loi nouvelle ne saurait les atteindre. De plus, étant l'objet, par l'effet de leur survenance à l'époque de la loi ancienne, d'une localisation naturelle, il est hors du domaine de la localisation par qualification, et le classement dans la catégorie du fond et de la forme ne pourrait, sans rétroactivité, être fait conformément au droit nouveau (62).

C'est ainsi que dans la situation du gérant d'une société à responsabilité limitée en faillite, la présomption qui permet l'extension de la faillite n'existant pas lors de la constitution de la société antérieurement au décret du 9 août 1953, n'est pas ici applicable. En effet, comme le fait remarquer un arrêt de la Cour d'appel de Lyon (63), « si les lois relatives à l'administration de la preuve, lesquelles ne font que diriger l'activité du juge..., sont dotées d'un effet immédiat, il en est autrement des lois établissant des présomptions légales, celles-ci dérivant d'un fait ou d'un acte et produisant leur effet au moment où ils sont accomplis... ; ... de telles lois touchant en réalité au fond du droit et... l'article 2 du Code civil s'oppose, sauf dérogation expresse, à ce que leur application trouve sa source dans des faits ou actes antérieurs à leur promulgation. »

Cependant, et c'est là où le rôle de la qualification « *lege temporis* » va être mis en valeur, cette responsabilité des gérants de S.A.R.L. existait dans son principe dès la loi de 1926. On pouvait alors se demander si la présomption indiquée par le décret de 1953 ne faisait que fournir un mode de preuve d'une responsabilité dont la

des tiers, n'a créé aucun droit, n'a pas eu pour objet notamment d'attribuer le caractère de propres à des biens qui ne l'avaient pas antérieurement. Elle ne modifie que les modes d'exercice, en l'occurrence un mode de preuve qui n'exige pas préconstitution ; la situation probatoire connexe à la situation antérieure s'en distingue, et est soumise à la loi de sa survenance. Signalons enfin que le régime du commencement de preuve par écrit qui lui suppose une localisation naturelle d'un de ces éléments à une époque antérieure est lié à la situation antérieure et non à son mode d'exercice actuel.

(62) Sur le caractère de fond du droit des présomptions, on se rappellera les pages célèbres qu'y a consacrées M. le doyen DABIN (*Technique de l'élaboration du droit privé positif*, p. 93). En transférant en droit transitoire la pensée du maître de Louvain, on remarque que la présomption s'analyse comme une supposition plus ou moins irréfragable de l'existence d'une situation à l'époque de la loi ancienne, aussi comme la preuve préconstituée, est-elle inséparable du fait dont elle tend à prouver l'existence. On conçoit alors le caractère de fond du droit de la présomption et non de modalité actuelle d'exercice d'un droit, car « au lieu de collaborer à la mise en forme d'un droit déjà tracé, elle participe en quelque manière à son élaboration au fond » (*op. cit.*, *loc. cit.*, note 1). Cf. en ce sens les termes employés dans un domaine voisin, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, 15 janv. 1936 (*Gaz. Pal.*, 1936.1.406).

(63) 7 Nov. 1955, J.C.P., 1956.9170, note BASTIAN ; D.S., 1956.359, note GERVE-SIE, *Rev. trim. dr. com.*, 1956.323, obs. HOUIN.

cause était déjà connue sous l'empire de la loi ancienne. Il s'agissait de savoir si le fait d'introduire la preuve par présomption d'une responsabilité possible antérieurement, relevait, selon la loi nouvelle, d'un mode d'exercice d'une action en responsabilité trouvant son fondement dans la loi ancienne, ou si, au contraire, le déplacement de la charge de la preuve agissant sur le fond du droit, on se trouvait en présence de condition de fond et non plus d'exercice d'un droit. A cette question, l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon a répondu en estimant que la loi nouvelle ne posait pas un mode d'exercice d'un droit antérieur, mais avait « en déplaçant le fardeau de la preuve, aggravé à leur détriment les conditions de la mise en œuvre de cette responsabilité » et ne pouvait remettre en cause les éléments de fond d'une situation ayant fait l'objet d'une localisation directe à l'époque de la loi ancienne.

La question transitoire de la faillite soulève d'ailleurs, d'une façon générale, un intéressant problème de qualification « *lege temporis* ». Il pourrait y avoir lieu de rechercher, pour une faillite dont les causes remontent à des faits localisés sous l'empire de la loi ancienne, ce qui relève du contenu actualisé et des modalités d'exercice des droits antérieurement créés. Notamment la faillite a pu, à la fois, être considérée comme une fonction de responsabilité à l'égard du commerçant imprudent ou ignorant et une fonction de protection des tiers (64). C'est ainsi que dans une loi nouvelle modifiant le régime de la faillite, il faudra distinguer ce qui s'apparente à des mesures de protection ou de sûreté qui se localisent au moment de la loi nouvelle ou, au contraire, se rapportent à la répression des fautes et qui se localisent au moment de leur commission (65). La tendance actuelle du droit de la faillite est bien dans une prédominance accordée à la fonction de protection (66).

L'influence de la qualification « *lege temporis* » pourra être égale-

(64) Cette distinction se retrouve en droit pénal transitoire où les lois édictant des mesures de sûreté s'appliquent à des situations nées des comportements antérieurs, au contraire des lois créant une peine ou une incrimination nouvelle.

(65) Cf. en ce sens note DERRIDA, J.C.P., 1956.9547.

(66) Cf. not. ESCARRA, *Cours*, p. 1038, n° 1467. Le problème ne se pose d'ailleurs pas en ces termes pour le décret du 20 mai 1955 qui contient des dispositions transitoires spéciales en son article 183. Sur l'application de ce texte, cf. note de M. DERRIDA sous Cour d'appel Nancy, 5 mars 1956, J.C.P., 1956.9547 ; cf. déjà SAVIGNY, *op. cit.*, p. 437 : « En matière de faillite, il ne s'agit pas des droits eux-mêmes, mais de l'exécution sur une masse de biens existants à une époque déterminée ; pour cette exécution, il faut régler le rang des divers créanciers. » « Aux créanciers hypothécaires, on applique la loi en vigueur à l'époque où leur droit réel a pris naissance ; aux autres créanciers, on applique la loi en vigueur à l'époque de l'ouverture de la faillite. » (Pour ces derniers.) « Auparavant, ils avaient la simple expectative de ce mode d'exécution qui les favorise (comme d'un acte de procédure). »

ment relevée dans l'appréciation du caractère de la preuve résultant de l'examen des sangs introduit en matière de filiation naturelle par la loi du 15 juillet 1955. Il s'agit bien là d'un mode de preuve qui, de tout temps, a été qualifié dans la catégorie de l'exercice des droits, au contraire de la preuve préconstituée et de la présomption. On relèvera toutefois que la loi de 1955 a intégré ce mode de preuve dans le cadre de la fin de non-recevoir de l'action en recherche de paternité naturelle, ce qui se rapproche, dans une certaine mesure, plus du fond que de l'exercice de droit. En appliquant la disposition nouvelle aux faits antérieurs à établir, et ce en cause d'appel, la jurisprudence a révélé ce courant caractéristique du droit contemporain de la filiation en faveur de l'appel aux modes scientifiques de preuve (67).

§ 2. — LE RENVOI DANS LE TEMPS

153. — Nous avons constaté que le conflit transitoire doit être construit à partir de l'idée de relativité de la vérité juridique. Un premier aspect de l'interprétation de la règle de conflit nous a découvert la nécessité de rechercher dans le droit en vigueur à l'époque de la question transitoire, les critères de classement qui permettent, par la méthode des qualifications, de déterminer la loi applicable aux éléments des situations qui ne se localisent pas d'eux-mêmes dans le cours de la durée. L'interprétation de la règle de conflit transitoire ne se borne pas à trouver une solution au conflit des qualifications. Elle doit conduire à envisager l'hypothèse où le rattachement indiqué par la loi ancienne compétente ne coïncide pas avec la règle de rattachement actuelle qui avait provoqué la désignation de la loi ancienne. C'est là un problème bien familier aux spécialistes du droit international privé. Il s'agit du conflit des rattachements, plus connu sous le nom de la solution qui lui est donnée : le renvoi. Si la règle de conflit de la loi étrangère substantielle désignée conformément à la règle du for, conduit à l'application d'une autre loi, la solution du litige sera donnée conformément à la règle de conflit de la loi étrangère. La loi désignée « renvoie » la compétence soit à la loi du for, soit à une loi tierce (68).

(67) Cf. Cass. civ., 11 juill. 1957, D., 1957.630, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958.237, obs. DESBOIS. Cf. Cour d'appel Montpellier, 3 janv. 1956, D.S., 1956.186. La praticabilité de la preuve scientifique utilisée en matière juridique souffre d'ailleurs des incertitudes de la science. Cf. sur la différence entre le rôle de la preuve scientifique et celui de la preuve juridique, DABIN, *op. cit.*, p. 77.

(68) Cf. la définition donné par M. PHILONENKO, in *Le renvoi en droit comparé* (p. 1) : « ... Un effet de la prise en considération de la règle de droit international privé de la loi étrangère normalement compétente. »

En droit international privé français, on a décelé une première manifestation du conflit des rattachements et de la solution par le renvoi dans la célèbre affaire Forgo (69).

On connaît la tempête de critiques qu'a soulevée l'application en jurisprudence de la théorie du renvoi (70). Schématisée en deux propositions, elle invoque à l'encontre de la solution Forgo, que c'est à la règle de conflit du for qu'il faut demander la solution et que le renvoi conduit à un cercle vicieux ou à une succession infinie de renvois (« cabinet des miroirs » dont parle Kahn, « jeu de la raquette », écrit Niboyet).

La jurisprudence n'en a pas moins confirmé sa première position notamment dans les affaires Soulié, Ben Attar, de Marchi, Binchal et Bueno (71). Les derniers feux de la controverse viennent à peine de s'éteindre que nous posons résolument le problème de l'existence du renvoi en droit transitoire (72). Cette application est-elle possible ? Est-elle souhaitable ?

154. — La possibilité de l'application de la théorie du renvoi en droit transitoire suppose la diversité préalable des rattachements. Dans l'espace, le renvoi tend à résoudre le conflit né de la rencontre de deux règles, du for et étrangère, définissant pour une même situation des rattachements différents. Par exemple, la règle de conflit française donne compétence à la loi bavaroise, laquelle contient une règle de conflit qui défère la compétence à la loi du domicile, loi du for dans l'espèce Forgo.

(69) Cass. civ., 24 juin 1878, I., 420, D.P., 1879.1.56 et Cass. Req., 22 févr. 1882, S., 1882.1.393, D.P., 1882.1.301.

(70) Cf. le résumé qui en est donné par M. BATIFFOL, *Traité*, p. 354, n° 302. Cf. également in *Rép. droit international*, V° Renvoi, par M. LOUIS-LUCAS. La doctrine française contemporaine s'est prononcée en faveur de la théorie de renvoi. Cf. BATIFFOL, *op. cit.*, pp. 357 et suiv. *Aspects philosophiques*, not. n°s 142 et 143, pp. 314 et suiv. Cf. également avec nuances LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, n°s 257 à 261, pp. 295 et suiv., NIBOYET qui admet le renvoi en tant que « phénomène » (*Cours*, n°s 485 à 489, pp. 469 et suiv.), tout en critiquant le principe (*op. cit.*, n°s 490 à 498, pp. 474 et suiv.). Cf. dans le sens d'une approbation, MAURY, *op. cit.*, n°s 199 et suiv. Cf. pour le renvoi examiné dans l'optique d'une application médiate de la règle de conflit étrangère : article MAKAROV, in *Rev. crit. D.I.P.*, 1955.1431. Pour des vues pragmatiques et concrètes du renvoi, cf. FRANCESKAKIS, *Le renvoi*, Paris, 1958.

(71) Respectivement : Cass. Req., 9 mars 1910, D.P., 1912.1.262, S., 1913.1.105, R., 1910.870 ; Cass. Req., 7 nov. 1933, S., 1934.1.321, note AUDINET, R., 1934.440, obs. NIBOYET, *Clunet*, 1935.88 ; Cass. civ., 7 mars 1938, R. 1938.472 ; Cass. Req., 10 mai 1939, S., 1942.1.73, note NIBOYET ; Cour d'appel Paris, 15 mars 1956, *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.504, obs. METZGER.

(72) Dans son article, déjà cité (*Mélanges*, RIPERT, I, pp. 293 et suiv.), M. le doyen BATIFFOL entrevoyait la possibilité d'une application du renvoi en droit transitoire, la logique du système étant identique (cf. *in fine*) ; cf. pour une application en D.I.P. transitoire, ROUBIER, *Rev. D.I.P.*, 1931, 40.

La diversité des rattachements est concevable dans le temps, comme dans l'espace. Toutefois, alors qu'il existe entre les règles de conflit nationales des différences fréquentes quant aux points de rattachement, le droit transitoire présente, en face de la mobilité législative substantielle, une certaine stabilité. C'est ainsi que nous avons pu constater que les deux catégories de rattachement permettant la qualification du contenu non actualisé des situations en cours ont été, au moins sommairement, depuis fort longtemps dégagées. La délimitation du contenu non actualisé des situations antérieures et des situations nouvelles présente, notamment à propos de la distinction entre le fond et l'exercice des droits antérieurs, des contours moins nets qui laissent entrevoir au moins l'éventualité de rattachements distincts à des époques différentes. Il existe, enfin, un domaine assez particulier où le changement des lois substantielles a pu être accompagné d'une modification de la règle de conflit dans le temps, c'est à propos des problèmes soulevés par l'annexion (73). Les chances de modification des rattachements, minimes dans le cadre d'un système spatial donné, sont multipliées par le facteur d'influence du droit transitoire étranger, au développement semblable, mais non identique, sans qu'en soient pour autant modifiées les conditions d'observation idéale du renvoi dans le temps.

155. — C'est ainsi que nous croyons devoir interpréter un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1912 (74). Il s'agissait d'une novation passée en 1908, en Alsace, d'une obligation de cautionnement créée en 1897. En 1897 était appliqué en Alsace annexée, le Code Napoléon. A partir de 1900, le territoire a été soumis au Code civil allemand de 1896 (B.G.B.). Il s'agissait de savoir à quelle loi devait être soumise la novation. Conformément au droit transitoire français, la novation s'analyse en une situation nouvelle dont les conditions et les effets sont soumis à la loi de survenance, donc à la loi en vigueur en 1908, c'est-à-dire au Code civil allemand. Mais à la loi allemande compétente désignée se rattache un système de conflit dans le temps qui conduit à appliquer à la situation née de la novation, non la loi de survenance, mais la loi originaire de la créance novée, c'est-à-dire la loi française appliquée en Alsace, jusqu'en 1900. Il semble bien qu'il y ait eu ici un renvoi transitoire. En effet, la loi

(73) On a relevé dans les conflits nés de l'annexion un aspect transitoire incontestable nonobstant l'élément d'extranéité qui résulte de ce que les lois en conflit dans le temps émanent d'Etats différents (cf. GAVALDA, *op. cit.*, p. 36, n° 32). Mais cet élément n'intervient pas, semble-t-il, dans le cadre de l'interprétation des règles de conflit, hypothèse à laquelle se limite l'étude du renvoi.

(74) Cf. Cass. Req., 18 novembre 1912, S., 1914.1.258.

désignée par la règle de conflit actuelle est la loi allemande en vigueur en 1908. Mais le droit transitoire allemand, système de la loi désignée, « renvoi » à la loi en vigueur lors de la création de l'obligation, objet de la novation. Les juges saisis de la question transitoire appliquent la loi désignée non par leur propre règle de conflit dans le temps, mais la loi indiquée par la règle de conflit transitoire de la loi ancienne primitivement désignée. Il y a bien là, semble-t-il, une application transitoire de la solution par le renvoi d'un conflit de rattachement. Cet exemple, joint aux considérations théoriques qui l'ont précédé, nous conduira à admettre la possibilité de l'utilisation du renvoi dans le conflit dans le temps. Le renvoi est possible; est-il souhaitable ? Pour répondre à cette deuxième question, nous serons conduit à rechercher les raisons profondes qui ont poussé à résoudre, par le renvoi, le conflit des rattachements (75).

156. — La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Forgo* n'a pas cherché à justifier la solution du renvoi dans des termes suffisamment généraux et cohérents pour opposer à la première vague de critique une position doctrinale très solide (76). D'un point de vue qui se veut réaliste, la Cour de cassation (77) a insisté sur le fait que le droit international privé français « ne souffre d'aucune manière » du renvoi opéré par la loi désignée par la règle du for en faveur de la loi française. Bien mieux, « il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régie d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire ».

Une telle formule a pu sembler apporter un argument particulièrement favorable à toute conception du conflit partant d'une territorialisme a prioriste dont la doctrine de Niboyet contient l'expression peut-être la plus vigoureuse et la mieux inspirée. Nous avons condamné personnellement une telle attitude en droit transitoire, que nous croyons génératrice à un certain degré de quelques erreurs. Mais ce

(75) On a tenté de réfuter la théorie du renvoi en D.I.P., en se fondant sur le caractère territorial des règles de conflit (cf. cité par M. PHILONENKO, *op. cit.*, p. 253, un arrêt de la Cour de cass., Florence, 5 déc. 1895). On pourrait parallèlement être enclin à penser que l'application actuelle de la règle de conflit transitoire ancienne est inadmissible comme relevant d'une « survie » que rien ne justifie, puisqu'il existe une règle de conflit actuelle et applicable. La fonction du renvoi exposée ci-après fait justice d'une telle opinion. Celle-ci s'appliquant à la seule technique formelle de la règle de conflit perd de vue la raison d'être de la règle de conflit qui est de parvenir à la meilleure des localisations.

(76) Un certain parti pris d'ignorer les résultats de la réflexion scientifique a pu, à juste titre, être relevée dans le rapport du conseiller DENIS (affaire Soulié). Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 357, note 38. Il est inhabituel tout au moins dans une formulation aussi véhémence.

(77) Cf. notamment Cass. Req., 9 mars 1910, précité ; Cass. Req., 10 mai 1939, S., 1942.1.73, note NIBOYET.

qui nous paraît devoir être retenu dans le territorialisme, c'est que l'application de la loi du for coïncide dans un très grand nombre de cas avec la loi qu'une localisation rigoureuse des situations permet, par ailleurs, de découvrir. Et c'est dans ce sens que nous pensons qu'il faut interpréter la formule de la Cour de cassation, quand elle exprime que la loi française est la plus apte à régir les intérêts qui naissent sous son empire. La solution du conflit des rattachements par le renvoi révèle un souci, peut-être inconscient, de parvenir à une localisation du rapport de droit, à laquelle n'a pas semblé aboutir *a posteriori* la règle de conflit du for, par le renvoi produit par la loi désignée.

Tendre à une meilleure localisation du rapport de droit nous paraît être la meilleure justification que l'on puisse donner de la théorie du renvoi. Elle tend à favoriser une qualification qui se rapproche au maximum de la réalité. On s'explique alors le réalisme de la solution jurisprudentielle tout d'abord critiquée par la doctrine. La règle de conflit, telle qu'elle est élaborée par le droit du for ou de l'époque, obéit aux méthodes générales de l'élaboration de toute technique juridique. Elle se doit, en considération des fins à poursuivre, en l'hypothèse de la disparité des régimes juridiques, de promouvoir une règle suffisamment abstraite pour être appliquée à la généralité des cas, et suffisamment souple pour tenir compte du particularisme de chaque espèce. A mi-chemin entre l'idéal et la solution concrètement souhaitable pour tel cas particulier, son contenu doit être utilisable au maximum : ce qui suppose que les critères d'application dégagés des fins à poursuivre soient suffisamment concrets pour adhérer à la réalité et soient suffisamment précis pour éviter la casuistique.

C'est ainsi que la loi désignée dans l'arrêt *Forgo* conduit à l'application de la loi du domicile de droit en présence du conflit soulevé par la dévolution de la succession mobilière. Le domicile de droit est un critère précis : les conditions de sa constitution permettent de dire quel est le domicile d'une personne. Toutefois, perdant de vue la réalité que couvrirait à l'origine le concept de domicile qui définit le centre des activités d'un sujet de droit, on a sacrifié sa « praticabilité » à sa fonction : la part d'artifice nécessaire à la technique a été accrue au détriment du réel. On ne conçoit qu'avec difficulté que la succession d'un individu qui a passé la plus grande partie de sa vie en France obéisse à la loi d'un pays avec lequel il n'a plus d'attaches véritables. La notion de domicile de droit est une fiction nécessaire

comme institution de police (78). Elle se détache de son fondement pour vivre une existence autonome que rien ne justifie quand elle sert de critère de localisation d'une situation juridique (79).

Le renvoi tend bien à la recherche d'une localisation aussi proche que possible du réel. La fiction du domicile de droit imposée par la règle de conflit française s'efface devant la localisation plus fidèle donnée par la loi normalement compétente. La fiction se justifiait au nom de la praticabilité de la règle de conflit : elle peut disparaître dans la mesure où un critère de rattachement se révèle meilleur, parce que plus fidèle au réel, en ce que la loi désignée se refuse à reconnaître la localisation donnée par la règle de conflit. Nous voyons la règle du for déclarer, en vertu de ses critères de classement, que la situation considérée révèle une localisation sous l'empire d'une loi non en vigueur au lieu ou au moment où la question se pose. La meilleure preuve que cette localisation par qualification est inexacte est que le système juridique le plus intéressé à appréhender une telle situation, conformément à la « *lex temporis vel fori* », s'y refuse selon la propre logique de son système.

On comprend alors la portée exacte de ce que formulait la jurisprudence lorsqu'elle laissait entendre que par l'effet du renvoi « tout conflit se trouve ainsi supprimé ». En droit international privé, certaines qualifications tendent à une localisation véritable du rapport de droit, et le fondement repose en matière d'état et de capacité sur un besoin de stabilité (80). On constatera alors que le critère de classement adopté pour satisfaire une telle fin, risque de provoquer un résultat contraire quand il conduit à une localisation par qualification manifestement rejetée par la loi désignée en conformité avec un tel système. Comme l'a fait, en effet, remarquer Lerebours-Pigeonnière (81), dont nous interprétons la pensée dans le sens du caractère fondamental que nous entendons donner à la localisation, « le but ne sera pas atteint par l'application que ferait un tribunal français d'une loi nationale à des étrangers soumis par leur Etat national à la loi de leur domicile ; au contraire, si le droit international français main-

(78) Nous avons raisonné ici sur l'hypothèse du renvoi à la loi du domicile à propos de la localisation de la succession mobilière. Un renvoi a été également appliqué par la loi personnelle désignée à la loi du domicile en ce qui concerne la capacité à contracter. Cf. not. Cour d'appel, Paris, 5 nov. 1935, *Gaz. Pal.*, 1936.I.122.

(79) Un procès est à faire de ces fictions qui, dépassant les motifs qui ont abouti à leur création, font oublier au juriste que la part d'artifice nécessaire à la praticabilité de la règle de droit ne constitue pas une chose en soi. On songera tout particulièrement, ici, à l'effet déclaratif du partage et à l'effet rétroactif de la condition résolutoire.

(80) Cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, p. 303, n° 259.

(81) *Op. cit.*, *loc. cit.*

tenait pour eux son règlement normal, il introduirait dans leur condition, réglementée dans leur propre pays par la loi de leur domicile, un élément d'instabilité ». C'est dans la mesure où le renvoi conduit à une meilleure localisation des rapports de droit qu'il doit être approuvé. La localisation naturelle, dans le temps ou dans l'espace, n'est pas toujours possible pour certains éléments constitutifs d'une situation donnée. Il faut alors recourir à la qualification et déceler des critères de rattachement qui satisfassent aux exigences de la solution de conflit. Le renvoi est le moyen propre à pallier les inconvénients qui tiennent à la part importante de « construit » que contient toute qualification. Il permet de serrer de plus près la localisation naturelle sans que, pour autant, aient été introduits dans la règle de conflit des éléments contingents qui en restreignent son efficacité pratique. Le renvoi d'un système à l'autre permet de serrer la réalité « au plus près ». C'est en ce sens que le rejet du renvoi nous semble être la marque d'un dogmatisme, d'un oubli certain que la recherche d'une meilleure localisation possible, seulement limitée par la praticabilité de la règle, est la seule démarche possible vers la solution du conflit. Et on perçoit alors le résultat obtenu en définitive : par la meilleure localisation des rapports de droit s'estompe tout ce que la part d'artifice nécessaire a conféré de relatif et de contingent aux différents systèmes de conflit. On est conduit à comprendre un aspect de la fonction du renvoi, qui est de promouvoir une harmonisation des systèmes de conflit (82). Comme l'a fait remarquer M. le professeur Batiffol, qui a décelé et mis en valeur ce rôle du renvoi comme facteur de coordination des règles de conflit, « il n'y a aucune contradiction à admettre que le législateur, édictant lui-même la règle de conflit, prévoie une coordination éventuelle de sa règle avec la règle de conflit étrangère, tenant compte de la structure des systèmes juridiques en présence » (83). Dans la mesure, d'ailleurs, où le renvoi démontre que l'aménagement des relations internationales comme des transitions législatives appelle à certaines renonciations, on ne peut nier que la fin ultime du renvoi ne rejoigne celle poursuivie par l'ensemble des droits international privé et transitoire (84).

L'explication du renvoi proposée par Lerebours-Pigeonnière, selon laquelle le renvoi révèle une compétence subsidiaire de la loi du domicile, nous semble restreindre inutilement la signification du renvoi. Elle constitue néanmoins une illustration de ce que le renvoi tend à une meilleure localisation quand il estime que l'acceptation par le droit international privé français d'un renvoi aboutit à une « règle

(82) Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 357, n° 305.

(83) *Loc. cit.* p. 358.

(84) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n°s 142 et 143, pp. 315 et suiv.

de conflit utile et juste », c'est-à-dire, selon nous, tendant à soumettre un rapport de droit à l'empire de la loi sous laquelle il se localise (85).

Si l'on se réfère à cette idée que le renvoi s'entend comme d'une tentative en faveur d'une meilleure localisation, on concevra donc que sa transposition en droit transitoire est souhaitable. Il est hors de propos de demander à une loi autre que la loi en vigueur la détermination de la loi applicable. Il demeure néanmoins qu'une fois une loi désignée, et il s'agit ici de la loi ancienne, il pourra apparaître que le rattachement à l'ancien état du droit de la situation considérée est parti d'une localisation par qualification inexacte, puisque le droit déclaré compétent rejette un tel rattachement. Il y aura ici un intérêt identique à appliquer la loi conforme à la meilleure localisation, telle qu'elle sera résultée de la confrontation des deux règles de conflit.

157. — Toutefois, le renvoi devra être écarté lorsque l'obligation de l'accepter conduirait à anéantir l'objectif poursuivi par la règle actuelle de conflit. Si l'analyse actuelle du contenu non actualisé d'une situation conduit à appliquer la loi ancienne et si la loi ancienne renvoie à la compétence de la loi nouvelle, l'objectif de la règle de conflit transitoire actuelle n'est pas perdu de vue, puisqu'on parviendra ainsi à une meilleure localisation, ce qui est recherché pour résoudre le problème des interférences des lois successives. Mais dans la mesure où la localisation se fait directement, sans recours à un classement par catégories, susceptible d'entraîner un conflit de rattachement, il n'y a évidemment pas lieu à qualification. Imaginons, c'est d'ailleurs une vue de l'esprit, que la loi ancienne désignée par la règle de conflit entende transférer à la loi nouvelle l'appréciation de tout ce qui s'est passé durant l'ancien état du droit. Il y aurait là un véritable non-sens d'accepter un renvoi conduisant à l'application dans le passé d'une loi nouvelle, contrairement au principe premier de toute localisation, tel qu'il est exprimé sous le terme de non-rétroactivité par l'article 2 du Code civil, principe premier de la solution du conflit. Il convient donc de ne pas perdre de vue que le problème du renvoi ne se pose en droit transitoire que dans les limites de l'hypothèse où un conflit de rattachement est concevable : c'est-à-dire pour le contenu

(85) LEREBOURS-PICEONNIÈRE, *Précis*, p. 307, n° 261. L'explication que nous proposons du renvoi nous conduirait à admettre le renvoi au second degré, c'est ce à quoi, d'ailleurs, tend l'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1912 précité, mais à écarter le double renvoi qui ne nous semble rien apporter à l'idée de l'obtention d'une meilleure localisation. Son efficacité serait d'ailleurs douteuse sur le plan de sa généralisation.

non actualisé d'une situation en cours par le classement dans les catégories des situations à opposabilité absolue ou à destinataires déterminés, pour une situation prise dans son ensemble par la distinction entre le fond de cette situation en cours et la situation connexe limitée à l'exercice des droits antérieurement créés (86).

SECTION II

LA RENCONTRE DE LA LOI DÉSIGNÉE AVEC LE MILIEU JURIDIQUE

158. — Un aspect particulier du conflit transitoire a déjà été relevé à propos du conflit des qualifications. Une première confrontation est apparue ici entre le domaine de la règle de conflit et celui du milieu juridique dans lequel elle s'applique. Il est temps de mettre l'accent sur cette idée que la solution de conflit introduit dans le milieu un élément étranger, anachronique, au sens propre et restreint, sous la forme de cette application éventuelle d'une norme abrogée.

Une première question à laquelle il nous faudra répondre tiendra précisément à cette rencontre de systèmes différents. Quelle est la nature de cette règle disparue et pourtant appliquée; quelle est l'attitude qu'auront à son encontre les autorités contemporaines de la loi nouvelle ?

Mais ce contact est-il possible ? Ne peut-on pas imaginer que le

(86) Cette limitation rappelle, mais sans que l'analogie doive être poussée à l'excès, celle proposée en D.I.P. et conduisant à exclure le renvoi dans la mesure où il s'agit d'une situation contractuelle ou les parties ont localisé, par l'effet de leur volonté, la loi sous l'empire de laquelle elles situent leur contrat (cf. BATIFFOL, n° 311, p. 368). Ce point, d'ailleurs, gagnerait à être éclairé, car il nous semble que dans la mesure où l'analyse des éléments du contrat est nécessaire, rien ne s'oppose à la recherche d'une meilleure localisation pour le contrat. Il demeure néanmoins que la difficulté et les incertitudes qui pèsent sur la détermination de la loi applicable dans l'espace au contrat est de nature à faire penser que le rattachement proposé par la loi désignée peut ne pas refléter une meilleure localisation que celle impliquée par la règle du for. Au demeurant, la portée exacte de la limitation du renvoi est, ici, difficile à préciser en raison de l'adoption de la loi d'autonomie par la plupart des systèmes de conflit.

En revanche, l'exclusion du renvoi à propos de la règle *locus regit actum* procède d'une idée identique à celle dégagée ci-dessus pour le conflit transitoire. L'application du renvoi conduirait, ici, à la négation pure et simple de la localisation fournie par la règle française, notamment en ce que la soumission aux formes du lieu révèle une localisation évidente correspondant à ce que les parties ont pu raisonnablement attendre. Le caractère subsidiaire et suffisant de la règle *locus regit actum* plaide d'ailleurs en faveur de cette acception (cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 368, n° 311, *in fine*).

milieu juridique puisse s'opposer à l'application de la loi ancienne ? La nécessité des transitions a donné naissance à la règle de conflit; toutefois, les matières que l'on cherche à concilier peuvent révéler des oppositions telles que l'efficacité de la loi nouvelle suppose la non-reconnaissance de l'existence de la loi ancienne. Les impératifs du milieu résumés par le vocable d'ordre public ne peuvent-ils pas conduire à l'exclusion sur un point particulier de la loi désignée par la règle de conflit qui décidait de la compétence de la loi ancienne ?

§ 1^{er}. — PORTEE DE L'APPLICATION D'UNE LOI ABROGEE

159. — La qualification avait posé un problème d'interprétation de la règle de conflit à la lumière du droit nouveau, le renvoi nous avait conduit à confronter la règle de conflit *legis temporis* avec celle en vigueur à l'époque de la loi ancienne; il convient à présent de rechercher quelle est la signification juridique de l'application de la loi ancienne au moment de la loi nouvelle, quels sont les principes d'interprétation qui en découlent quant à l'examen de la loi ancienne déclarée compétente.

Nonobstant la localisation des éléments d'une situation à l'époque de la loi ancienne, il ne faut pas oublier que la mise en jeu des règles abrogées se fait sous l'empire d'une législation nouvelle. Quelle peut bien être la nature d'un droit que l'on doit appliquer à une époque où il a cessé d'être applicable ?

L'analogie surgit, on s'en doute, avec la question rencontrée en droit international privé de l'application de la loi étrangère dans le pays où le conflit a été posé. Une loi est prévue pour un temps qui va de sa promulgation à son abrogation, pour un territoire donné; la règle de conflit va conduire, au nom du respect de la relativité des lois dans le temps et dans l'espace, à promouvoir l'application de règles hors des conditions de temps et d'espace. Il n'est pas méconnu pourtant que l'application de la loi ancienne soit exigée par une localisation aussi fidèle que possible, mais ce dont il faut tenir compte, c'est que la question du conflit se pose par hypothèse dans un temps ou dans un lieu autres. L'application sera bien faite idéalement au moment ou au lieu où la loi est compétente; le moment et le lieu où la question de l'application de cette loi se pose n'en sont pas moins de nature à influencer et sa nature et les conditions de son interprétation.

Le problème de la nature de la loi étrangère nous semble rendu encore plus délicat par le lien existant entre la solution théorique que l'on pourrait rechercher et le rôle limité qui est conféré aux cours

régulatrices (87). On a, selon nous, que trop tendance à dénier la nature de droit aux aspects d'un litige qu'entend ignorer notre Cour de cassation.

S'il est bien acquis que ce que juge la Cour de cassation est bien du droit et non du fait, il est peut-être imprudent de prétendre être du domaine du fait ce que refuse d'examiner le juge suprême (88). Autrement dit, le critère de la nature juridique doit être recherché hors du domaine de la compétence d'un Tribunal de cassation. Une fois de plus, on a confondu le résultat d'une qualification avec les moyens propres pour y parvenir. Ce qui demeure, c'est que le résultat pratique doit éveiller chez le juriste le souci d'en rechercher les causes profondes (89). Il est d'ailleurs reconnu au jugement intuitif de tenir compte *a priori* d'un résultat envisagé et peut-être souhaité. La tâche du théoricien est bien de dépasser ce stade et de replacer dans l'ensemble de la construction le résultat pratique, quitte, en cas d'impossibilité, d'avoir le courage de modifier le construit, ou d'en reconnaître le caractère de fiction avec toute la discipline et la vigilance qu'une telle situation impose.

La Cour de cassation se refuse à contrôler l'interprétation donnée par les juges du fond de la loi étrangère (90). Une telle solution doit-elle être étendue par voie d'analogie à l'interprétation de la loi ancienne ? La réponse fournie en droit international privé est partie d'une recherche de la nature de la loi étrangère pour en conclure à son caractère de fait et non de droit et à l'incompétence des cours régulatrices. En reprenant la construction sur le terrain comparatif du droit transitoire et du droit international privé, nous envisagerons la valeur de la loi ancienne ou de la loi étrangère, puis le problème soulevé par la connaissance de cette loi « insolite » et de son interprétation.

(87) Dans les Etats où les Tribunaux suprêmes ont une compétence étendue à l'appréciation des faits, on ignore l'incompétence résultant de la distinction du fait et du droit. Cf. notamment pour la Chambre des Lords, siégeant comme cour régulatrice, cité par M. BATIFFOL, in *Aspects philosophiques*, p. 108, note 1, *Russian Commercial and Industrial Bank v. Comptoir d'Escompte de Mulhouse* (1926) A.C. 112, 126 ; *LAZARD Bros. v. Midland Bank* (1933) A.C. 289, 298. Sur l'ensemble du sujet, cf. LEWALD, « Le contrôle des Cours suprêmes sur l'application des lois étrangères », *Cours La Haye*, 1936, III. MAURY, « La condition de la loi étrangère en droit français. » *Travaux du comité français de D.I.P.*, 1948-1952, pp. 97 et suiv. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Rev. crit. D.I.P.*, 1950.429.

(88) Cf. BATIFFOL, *Traité*, n° 340, p. 398 : « La démarche rationnelle ne consiste donc pas, semble-t-il, à déduire la recevabilité du pourvoi de la nature de règle de droit de la loi étrangère, mais à conclure de l'impossibilité pratique d'examiner le pourvoi, dans le statut actuel de la Cour de cassation, à la nature de fait de la loi étrangère aux yeux du juge français. »

(89) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 48, p. 107 : « Une nécessité, fût-elle pratique, disons de l'ordre de l'action, n'est-elle pas indicatrice d'une nature des choses ? »

A. — NATURE DE LA LOI ANCIENNE.

160. — La loi ancienne, comme la loi étrangère, apparaît comme l'expression d'une vérité juridique dépassée aujourd'hui ou ici, mais qui a eu ou a, autre part, encore sa valeur. Il y a là une conséquence immédiate de cette idée, mise en avant au début de notre construction, de la croyance en une relativité des lois. On admet que la vérité juridique change avec le temps et le lieu, encore qu'on refuse de discuter, tout en acceptant cette relativité, l'autorité actuelle ou locale de la loi nouvelle ou de la *lex fori*. Cette position va dans le sens d'une opinion à plusieurs reprises professée par M. le doyen Batifol (91), pour qui la loi étrangère se présente au juge du for dans son contenu rationnel mais dépourvu de son impératif (92). Il y a là une sorte de « dégradation de la loi étrangère devant le juge local ». La valeur rationnelle des Droits abrogés a été mise à maintes reprises en évidence, en dehors, d'ailleurs, de tout conflit transitoire. « Ce sont toujours des droits anéantis qui marquent la voie suivie par le droit », écrivait Jhering (93). Mais sur le plan du conflit dans le temps, on peut concevoir que la loi ancienne n'apparaît plus que dans son expression rationnelle (94). La relativité des lois dans le temps

(90) Cf. notamment Cass. civ., 23 nov. 1892, S., 1894.1.441 ; Cass. Req., 10 mai 1939, *Rev. crit. D.I.P.*, 1939.472.

(91) Cf. *Traité*, p. 397, n° 340, et surtout, *Aspects philosophiques*, n° 53, pp. 116 et suiv.

(92) Cf. sur la valeur rationnelle de la loi nouvelle incompétente, cité par MAILHER DE CHASSAT (*op. cit.*, p. 141), Limoges, 10 févr. 1813, S., XV.2.122 : « ... Lorsque l'art. 816 du Code Napoléon exige le même temps de possession pour suppléer un partage écrit ; que cet article peut être invoqué, sinon comme loi, lorsqu'il s'agit d'un partage antérieur à sa publication, du moins comme raison écrite, il conviendrait de s'y référer s'il n'y avait plus d'autre moyen de se décider... »

(93) *Kampf am Recht*, cité par ROUBIER, in *Théorie générale*, p. 146. Cf. également in *Prolégomènes*, p. 72, la question que se pose M. le professeur LEBRAS qui se demande s'il ne conviendrait pas de rechercher « si les lois et coutumes vraiment abolies ne continuent point d'exercer une influence, parfois une fascination, qui humilie les droits vivants ». Cf. également DABIN, *op. cit.*, p. 338 : « ... Le contact est maintenu avec le droit existant, ce qui présente le double avantage de fournir au droit nouveau la caution, au moins formelle, du droit établi, et, par la continuité ainsi assurée, de contribuer au prestige de principe de légalité. » « ... Ainsi, le droit change sans en avoir l'air ; doucement, il évolue dans la permanence des formes, évitant des ruptures de cadre qui seraient peut-être des ruptures d'équilibre. »

(94) La disparition de l'élément impératif de la loi ancienne entraîne pour conséquence qu'à l'époque de la loi nouvelle l'ignorance de son contenu vaut à titre d'excuse, à l'encontre de la règle *nemo jus ignorare censetur*. Il y aurait là, par ailleurs, une transposition éventuellement fructueuse en droit transitoire de la jurisprudence LIZARDI (cf. sur cette solution en D.I.P., notamment Cour d'appel Chambéry, 29 janv. 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.1.629 ; 13 juill. 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.2.725). Il demeure que conformément à la règle de conflit, l'ignorance de la loi ancienne à l'époque où elle était en vigueur ne peut être reçue comme excuse, si elle est excusable à l'époque de la loi nouvelle.

a conduit à reconnaître l'existence successive de vérités affirmées par les lois. Les exigences présentées par les transitions ont conduit à reconnaître une aptitude de la loi abrogée à régir les rapports de droit qui se sont localisés sous son empire, mais il n'en demeure pas moins qu'à l'époque de la loi nouvelle, la loi ancienne n'est plus applicable *a priori*, dans la généralité nécessaire de la règle de droit. Un élément impératif demeure, certes, mais il lui est étranger : c'est celui qui réside dans la règle de conflit qui impose au juge l'application de telle loi déterminée. C'est là, nous semble-t-il, la signification qu'il faut trouver dans les théories de la réception développées à propos de l'application de la loi étrangère. La loi nouvelle s'applique *a priori*, toute analyse transitoire écartée. Ce n'est que si l'aspect transitoire de la situation en cause apparaît que les interprètes sont conduits à rechercher, à l'aide de la règle de conflit, si une loi autre que la loi actuelle ne serait pas plus apte à régir le rapport considéré. La loi nouvelle possède, elle, cet élément impératif qui doit conduire à son application en dehors du conflit transitoire. La loi ancienne n'est applicable que par la prescription impérative contenue dans la règle de conflit.

161. — Le résultat de ce raisonnement doit permettre de fournir une réponse quant au caractère d'ordre public de l'application de la loi ancienne. Le juge peut-il pallier la carence des parties et décider qu'en présence d'une situation ayant quelque attache avec le passé, il se doit d'appliquer, si telle est la solution fournie par la localisation, la loi abrogée ?

Le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 2 du Code civil a été, à plusieurs reprises, affirmé par la jurisprudence (95). Ce qui emporte pour conséquence que l'application de la règle de conflit pourra être décidée par le juge, même dans le silence des parties, d'une part, et que l'article 2 du Code civil pourra être invoqué à tout moment de la procédure engagée. L'élément impératif réside bien ici dans la règle de conflit, telle qu'elle s'exprime sommairement dans l'article 2 du Code civil. Mais il est exclu de la loi ancienne proprement dite dont l'application ne se conçoit pas, et pour cause, en dehors des prescriptions de la règle de conflit. Aussi la discussion sur le caractère d'ordre public de la règle de conflit transitoire, comme dans l'espace, nous paraît engagée sur une base assez équivoque.

(95) Cf. notamment Cass. civ., 24 nov. 1955, S., 1956.89 : « ... attendu que les dispositions de l'article 2 du Code civil étant d'ordre public, (elles) peuvent être invoquées ou retenues d'office à tout instant de la procédure... »

Un premier point est acquis : la règle de conflit, en ménageant les transitions législatives, est un facteur d'ordre et de sécurité dont l'existence est une garantie de l'ordre social. C'est en ce sens que la règle de conflit est d'ordre public; on ne concevra pas ici d'opinion contraire. On rappelle simplement que la notion d'ordre public, ici, s'apparente plus à une conception « politique », assez difficile à transcrire sur le plan technique en conservant ce fondement de l'ordre public.

En effet, et c'est le second point qui va nous faire apparaître la confusion redoutée, cet ordre public que l'on donne pour fondement de la règle de conflit permettra, au nom d'idéaux sociaux de même nature, à en écarter l'application. Ceci sera une nouvelle preuve de l'« impraticabilité » profonde dans le domaine juridique de la notion d'ordre public.

Enfin, ce qui est prescrit quand on parle de caractère d'ordre public de la règle de l'article 2, c'est l'application d'une solution répondant à la localisation la meilleure des rapports de droit, dans l'hypothèse où une situation se développe sur la durée de législations successives. Le caractère transitoire d'une telle situation apparaît soit dans les prétentions formulées par les parties, soit dans la nature même de la situation.

Dans la nature même de la situation, l'aspect transitoire est révélé lorsque certains des éléments ont fait l'objet d'une localisation naturelle à l'époque de la loi ancienne. Une telle localisation, aux termes de l'article 2, invite expressément le juge à appliquer la loi ancienne. Le rattachement, imposé par l'article 2, ne prête pas à des discussions; il ne nécessite pas une qualification, c'est-à-dire une série d'opérations intellectuelles aboutissant à un classement, à un choix, c'est-à-dire à quelque renoncement. C'est dans cette mesure que la règle de conflit prescrit au juge d'appliquer la loi ancienne aux éléments localisés sous son rapport, et à quelque instant de la procédure que l'on se trouve et même si les parties l'ont négligée, l'évidence de la localisation excluant l'« excuse » d'un oubli sanctionné par l'irrecevabilité. Mais dans la mesure, au contraire, où la localisation n'est pas évidente, où un rattachement formel à la loi ancienne n'a pas été inclus dans une hypothèse déterminée, on sait qu'il est nécessaire de se livrer à une analyse de la situation, à une opération de qualification, c'est-à-dire à une série d'opérations intellectuelles risquant de livrer l'instance à des rebondissements et à des appréciations mouvantes de fait qui doivent être exclus dès que la décision a cristallisé le droit des parties. Entre l'application d'une loi abrogée, dépourvue *a priori* d'efficacité, à laquelle ne fait songer ni la prétention de l'une des parties, ni l'apparence de la situation, et la loi nouvelle, impérative par destination, on conçoit qu'hors de toute idée de carac-

tère d'ordre public d'application d'une règle de conflit à une situation, dont le caractère transitoire est ignoré, le juge applique la loi nouvelle. La limitation à sa valeur rationnelle de la loi ancienne éclaire donc la portée véritable du caractère d'ordre public de toute règle de conflit. Dans la mesure où le conflit n'apparaît pas, il est évident qu'il ne peut se concevoir d'autre loi applicable que la loi en vigueur au lieu et à l'époque où la question se pose.

Si le conflit est révélé par la nature apparente de la situation, le juge se doit de se conformer aux prescriptions impératives de sa règle de conflit et éventuellement d'appliquer la loi étrangère ou la loi ancienne. C'est ainsi que l'article 2 interdit au juge de faire agir la loi sur les faits passés; ce rattachement impératif s'impose au juge. De même dans l'espace, l'article 3 du Code civil oblige le juge à appliquer la loi de situation aux immeubles situés en France ou la loi nationale à l'état et à la capacité des Français : ces rattachements précis sont un impératif pour le juge.

Si le conflit est révélé par les prétentions des parties, la règle de conflit prescrit bien une ligne générale de solution. C'est ainsi qu'elle exclut la rétroactivité en droit transitoire. Mais l'analyse doit en être proposée par l'une des parties, car la loi ancienne ne s'impose impérativement que par le jeu de la règle de conflit. Si elle n'est pas invoquée, le champ reste libre à la disposition substantielle en vigueur, celle dotée de tous les attributs de l'impératif de la règle de droit. C'est ainsi que pour le contenu non actualisé d'un contrat, conclu à l'époque de la loi ancienne, le juge sera conduit, à défaut d'une discussion engagée sur ce point par les parties, à l'application de la loi qui s'impose de par son seul effet, c'est-à-dire la loi en vigueur au moment où il statue (96).

C'est ainsi que la nature de la loi ancienne permet de préciser un des caractères de la règle de conflit et de fournir l'exacte mesure de la signification de sa qualité de règle de conflit (97).

(96) Ceci permettra de préciser ce qu'il faut entendre en D.I.P. par plénitude de compétence de la loi du for. A défaut de causes conduisant à l'application de la règle de conflit, ou dans l'impossibilité technique de l'utiliser, il va de soi que ne s'impose au juge que la règle qui justifie seule les qualités impératives et rationnelles, c'est-à-dire la *lex fori*. L'évidence d'une telle proposition est aussi manifeste en droit transitoire.

(97) Il demeure que la loi nouvelle normalement compétente n'est applicable d'office que dans les conditions du droit interne. Si la règle de conflit déclare compétente une loi nouvelle créant un nouveau mode de preuve, des parties en litige restent libres évidemment de réclamer ou d'ignorer l'application de ce mode de preuve nouveau que la loi leur offre. Si la loi nouvelle est d'ordre public, au sens du droit, interne et non du droit transitoire, le juge doit d'office soulever l'application de la loi nouvelle et faire intervenir ici le mode nouveau de preuve. Cf. pour la preuve de la séduction, sans exigence du commencement de preuve par écrit. Cass. civ., 11 juill. 1957, D., 1957.630, *Rev. trim. dr. civ.*, 1957.723, obs.

B. — CONDITIONS D'INTERPRÉTATION DE LA LOI ANCIENNE.

162. — Mais la loi ancienne, si elle a subi un amoindrissement du fait qu'elle n'est applicable que dans la mesure où la règle de conflit le prescrit, n'en a pas perdu la valeur rationnelle. Ce n'est que dans sa mise en œuvre que la règle ancienne a été atteinte : dans sa matière, elle demeure juridique, car la disparition de son élément impératif ne peut faire oublier la validité et l'efficacité des conditions de sa génération. De ce que la loi ancienne n'est pas normalement applicable sans le jeu de l'impératif de conflit, il ne faut pas conclure que la loi ancienne, comme la loi étrangère, est du « fait » et non du « droit ». La disparition de l'élément impératif a eu pour conséquence que le juge n'est pas obligé, *a priori*, de connaître une loi qui n'est pas applicable naturellement. Le problème de l'interprétation de la loi ancienne se situe donc sur le plan de la connaissance de la règle de droit et non sur celui de sa nature. En second lieu, dépouillée de son élément impératif, la loi ancienne n'est applicable qu'à titre d'exception. Le problème d'unité de l'interprétation ne se pose donc pas.

Enfin, la loi ancienne est dépourvue de caractère intrinsèque impératif, mais pour une intelligence à trois dimensions à laquelle est condamné jusqu'ici l'esprit humain, cet amoindrissement est définitif, en ce que la loi ancienne est du droit mort qui ne survit que par l'effort apparemment anormal, selon le sens commun, que nous faisons de nous remettre dans les conditions antérieures (98). On ne peut concevoir que la loi ancienne « vive » une existence parallèle à la loi nouvelle, si ce n'est dans un autre monde dont on ne possède jusqu'à nouvel ordre, pas la clef (99). Dans le seul domaine de l'espace, au contraire, on peut concevoir que la loi étrangère, dépouillée de son élément impératif dans un endroit, jouisse de la plénitude des qualités de la règle de droit à une autre place. Il y a là une différence entre le droit transitoire et le droit international privé, depuis longtemps mise en valeur sous la forme de l'unité ou de la pluralité des

HÉBRAUD. Ceci permet, entre autres choses, de censurer par la cassation, un arrêt ayant rendu à l'époque de la loi nouvelle, une décision ne tenant pas compte de la réforme opérée quant au mode de preuve.

(98) Encore que nous ayons le sentiment profond que si on ne faisait pas cet effort, on porterait atteinte à la vie même de la loi lorsqu'elle n'était pas abrogée. Si, comme le dit KANT, deux vérités peuvent se situer successivement en un point donné, ou simultanément en deux points donnés, on ne peut concevoir « rationnellement » deux vérités en un temps et en un lieu donnés. La vérité n'est-elle pas sans doute pour toute chose dans ce dépassement du « rationnel » ?

(99) La prescience de ce monde quadridimensionnel reste du domaine des mathématiciens. On n'en peut nier néanmoins la possibilité.

souverainetés pour le droit transitoire ou pour le droit international et qui va trouver ici son application à propos des conditions de l'interprétation de la loi ancienne par le juge à l'époque de la loi nouvelle.

163. — Les modalités de la connaissance du droit ancien ou de la loi étrangère encore que pouvant varier assez profondément d'un genre de conflit à un autre n'oppose pas systématiquement le droit transitoire et le droit international.

Il ne fait pas de doute que l'interprétation de la loi ancienne ne soulève pas, sauf exception, de difficultés linguistiques, ni ne plonge l'interprète dans un dépaysement, générateur d'équivoque sinon d'erreur. Le changement a pu être considérable et les institutions nouvelles peuvent sembler être sans points communs avec les anciennes. Le juriste, quel que soit le laps de temps qui sépare la question transitoire de l'époque révolue, est néanmoins l'héritier d'un passé substantiel, consciemment ou inconsciemment. Le juriste a nécessairement une aptitude d'historien; il n'a qu'exceptionnellement la vocation comparatiste.

C'est dire que les sources du droit ancien sont incontestablement plus accessibles au juge que celles du droit étranger. Par ailleurs, le droit ancien a fait souvent l'objet d'une compilation contemporaine ou postérieure à caractère officiel ou semi-officiel qui permet au juge une connaissance aisée de la loi ancienne. La loi étrangère, dans l'état actuel du droit positif français, n'est connue que par les certificats de coutumes : l'information du juge est donc au préalable subordonnée à la diligence des parties, ce qui le conduit à se livrer à une critique des matériaux juridiques, éventuellement divergents, qui lui sont soumis, à travers les optiques particulières des intéressés. Ici, le juge ne cherche pas tant à dire tout d'abord ce qui doit être, mais ce qui est. On a fait très justement remarquer que le juge se comporte ici comme un observateur sociologique, en homme de science plus qu'en juge (100). Nous sommes, en effet, ici, au stade de la prise de contact avec la loi étrangère dépouillée de son élément impératif; l'élément impératif ne jouera que par la suite

(100) Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 397, n° 340 : « ... L'interprétation de la loi française par le juge français est la recherche de ce qui est juste, raisonnable, utile, bref de ce qui doit être ; son interprétation de la loi étrangère est la recherche de ce qui se juge à l'étranger, autrement dit de ce qui est et non de ce qui doit être. Il s'agit donc bien, sous cet aspect, d'un point de fait et non d'un point de droit. » Cf. également cité par M. BATIFFOL, in *Aspects philosophiques*, p. 109, n° 49, M. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, I, p. 18. Un résumé de l'ouvrage a été donné d'ailleurs par l'auteur et publié par la *Revue crit. de D.I.P.*, 1955, p. 639 et 1956, p. 223.

lorsque le juge fournira la solution, mais nous avons vu qu'il est emprunté au droit du for. Pour la loi nouvelle, on retrouve réunis les composants rationnel et impératif de la règle de droit, l'interprétation de la loi est indissociée de la formulation impérative de la solution. Tel n'est pas le cas de la loi étrangère où avant de dire ce qui doit être, il faut rechercher ce qui est. C'est dire que l'on sort du domaine habituel de la « *jurisdictio* », de la vérité normative, pour embrasser une vérité scientifique. Encore qu'il s'agisse de connaissance d'un droit et non d'appréciation d'un fait, le juge de cassation limite son contrôle, conformément au rôle qui lui est dévolu, à l'application de la loi du for.

Pour la loi ancienne, le problème est théoriquement le même. Tout d'abord le droit ancien peut être, exceptionnellement il est vrai, d'une connaissance malaisée. Le juge peut être contraint pour s'en informer d'avoir recours à une enquête, à se livrer à une appréciation de matériaux qui ne sont pas spécifiquement juridiques, encore que leur étude ressortisse au contenu de la loi ancienne. Le doyen Geny (101), rappelle que la Cour de cassation se refuse à vérifier les éléments de fait de la coutume, c'est-à-dire l'ensemble des faits de nature à faire connaître la règle de droit. Quand l'examen des circonstances accessoires n'est pas nécessaire à l'information du juge, c'est-à-dire lorsque la loi ancienne apparaît dans son contenu indiscutable comme c'est le cas le plus fréquent, la connaissance du contenu scientifique de la règle substantielle rejoint l'expression juridique définitive que lui donne le juge et le contrôle du juge de cassation s'exerce sur l'ensemble. Une application particulière de cette idée se retrouve d'ailleurs en droit international privé où l'interprétation du juge manifestement contraire à la lettre de la loi étrangère, conduit la cour régulatrice à sanctionner la dénaturation. Donc dans la mesure où on ne demande pas à une Cour de cassation de scruter les comportements intellectuels externes à la formulation de la solution, mais seulement de juger des jugements, considérés dans les limites de leur formulation, on conçoit que les cours régulatrices se refusent à contrôler l'interprétation de la loi étrangère. Il demeure que la connaissance de la loi ancienne est plus aisée que celle de la loi étrangère. Le contenu rationnel du droit ancien n'étant en principe pas débattu scientifiquement, l'interprétation de la loi ancienne est contrôlable par la Cour de cassation, alors que pour la loi étrangère, la dénaturation d'un texte clair

(101) Méthodes d'interprétation, II, p. 200. Cf. exprimant une idée voisine, VENTURINI, « Il principio, *jura novit curia* e la legge straniera (*Annali di diritto internazionale*) », 1950.20, cité par BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 105, n° 47.

et précis apparaît moins aisément en raison du débat préalable qui conduit à la connaissance de la règle substantielle désignée.

Dans le premier cas, en l'absence de débat nécessaire, le contenu de la loi se fonde directement dans la solution donnée par le juge : le contrôle de la Cour de cassation portera sur l'ensemble. Si la détermination du contenu de la loi désignée nécessite une discussion préalable sur les circonstances de fait concernant sa source, l'opération se dédouble en opération scientifique, en appréciation de faits (102), et en opération normative, le contrôle de la Cour de cassation se limitera à la seconde (103).

164. — La fonction de la Cour de cassation est d'obtenir une unification, une coordination des règles de droit mises au contact des situations particulières. Il est à première vue d'un assez médiocre intérêt de réaliser une telle fin à propos de lois étrangères ou anciennes qui ne sont applicables qu'exceptionnellement.

L'interprétation est d'ailleurs ici délicate : le juge suprême devra-t-il promouvoir dans la compréhension de la loi désignée ses propres conceptions ? Y aura-t-il une interprétation française d'une loi anglaise ? Y aura-t-il une interprétation actuelle d'une législation disparue ? On a évoqué le ridicule de cette formation quelque peu insolite d'interprétations parallèles d'un même droit (104). De plus, on peut se demander si la règle de conflit ne perd pas une partie de sa raison d'être dans cette naturalisation de la loi étran-

(102) On rappellera que la recherche des éléments de fait qui conduisent à reconnaître l'existence d'une règle juridique, ne doit pas faire conclure à la nature de fait et non de droit de la règle considérée. L'examen sociologique d'une règle donnée ne préjuge en rien de son caractère juridique ou de son caractère de pur fait. Nous ne sommes pas éloignés de penser que cette distinction proposée ici pour le droit transitoire pourrait être étendue à une théorie générale du fait et du droit, susceptible d'illustrations jurisprudentielles nombreuses.

(103) Comp. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, n° 212, p. 253 : « ... Jusqu'à la décision en dernier ressort, une loi étrangère peut être produite, car elle est le moyen du procès, non l'objet de la demande (Req., 23 juin 1908, *Clunet*, 1909.470). Devant la Cour de cassation, la production serait tardive puisque, d'une part, les juges du fond ne sont pas tenus d'appliquer d'office une loi étrangère dont les plaideurs négligent d'invoquer et d'établir les dispositions (de sorte que leur décision n'encourt pas la censure de ce chef) et que, d'autre part, la Cour de cassation ne pourrait pas apprécier elle-même la force probante de la production ni interpréter les dispositions probantes. »

(104) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 47, pp. 105 et suiv. Cf. une idée voisine exprimée par LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, p. 250, n° 211 : « ... (la doctrine) redoutant que le règlement français des conflits de lois soit finalement faussé par l'ignorance du contenu véritable des lois étrangères... puisqu'une fausse citation ou une fausse interprétation peut avoir la même portée qu'un refus d'application de la loi étrangère. »

gère (105). On pourrait alors envisager que les juges de cassation se renseignent sur l'interprétation de la loi étrangère telle qu'elle est fournie dans le pays d'origine. Outre qu'une telle recherche pourrait se heurter aux difficultés matérielles déjà signalées, il n'est pas dans les attributions normales d'un tribunal de cassation de se livrer à une telle étude, étrangère à sa fonction essentielle. Une telle argumentation peut-elle être étendue au conflit dans le temps ?

L'objection du « ridicule » ne joue pas ici de la même façon. Il est ridicule de prétendre à une interprétation générale d'un droit étranger que tenterait la Cour de cassation du for. L'interprétation d'un droit ancien selon des vues actuelles ne conduit pas au même résultat. La loi ancienne, avons-nous dit, est du droit mort : il n'y aura donc pas eu, au moment donné, une formation parallèle d'un droit ancien considéré selon l'optique nouvelle. Ce qui demeure, selon nous, c'est qu'un droit ancien interprété selon l'optique actuelle sera nécessairement un droit déformé et l'efficacité de la règle de conflit en sera compromise. C'est qu'en effet, actuellement, la loi ancienne est un droit mort et on ne peut demander une « résurrection » sans risquer une application caricaturale du droit disparu. C'est au moment où la loi ancienne était applicable qu'il faut se placer pour apprécier ses conséquences actuelles, et ce qui était difficilement applicable pour la connaissance de l'interprétation étrangère, sera ici infiniment plus aisé dans le cadre interne transitoire. La Cour régulatrice ne sort pas ici de sa fonction d'ordonnateur du système juridique, car le rôle qui lui est dévolu n'est pas incompatible, tant s'en faut, avec sa projection dans la durée. Le contrôle de la Cour de cassation peut donc être étendu à l'interprétation donnée par les juges du fond de la loi ancienne, dès lors que sa connaissance n'est pas obtenue par l'examen préalable et scientifique des circonstances de fait dont l'appréciation échappe normalement au censeur des arrêts (106). Ceci conduit à une réception intégrale de l'ancien *état du droit* dans le milieu juridique

(105) Une telle naturalisation est effectivement réalisée dans l'hypothèse où l'Etat annexant a conservé sur le territoire annexé le droit en vigueur. Le droit local s'insère ici dans le système du for, et est alors justiciable d'un contrôle de la Cour de cassation (cf. BATIFFOL, *Traité*, n° 345, p. 403).

(106) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (*op. cit.*, p. 250, n° 211), avait développé pour le D.I.P. les conséquences de cette idée générale : « ...la détermination et l'interprétation des lois étrangères échappent l'une et l'autre à la Cour de cassation parce qu'elles doivent être fournies par une enquête sur l'état des sources étrangères et de leur interprétation à l'étranger, « question de fait », dont la recherche appartient aux juges du fond et ne rentre pas dans les fonctions normales de la Cour de cassation. La détermination de la loi étrangère dans sa réalité extérieure présente les difficultés de la preuve d'un fait et requiert des méthodes analogues, bien qu'elle ne cesse pas d'être le point de droit du procès. »

actuel (107), qui bien que limité à la solution de situations exceptionnelles, est de nature à révéler une certaine intolérance qui risque de fournir en dernière analyse à la question transitoire, une solution quelque peu imprévue. C'est la question de l'exclusion de la loi ancienne désignée par la règle de conflit, au nom de l'ordre public, qui doit trouver à présent sa solution.

§ 2. — L'EXCLUSION DE LA LOI ANCIENNE NORMALEMENT COMPETENTE

165. — L'application de la loi ancienne à une époque où elle a été abrogée a pour conséquence, non seulement de fournir deux solutions différentes à des questions matériellement, sinon transitoirement, identiques, mais également de plonger dans le milieu juridique actuel une règle qui n'y trouve normalement plus sa place. Ce résultat apparemment anormal est dicté, avons-nous vu, par la prise en considération de la succession des lois dans le temps et de la relativité de la notion de vérité normative qui en découle. La règle de conflit trouve là sa raison d'être. Du bon ordre obtenu dans les transitions législatives, le pouvoir politique tire un avantage certain, que compense pour lui l'inconvénient de l'application exceptionnelle de la loi ancienne et le retard apporté au plein effet de l'œuvre nouvelle. Une règle de conflit, qui tend à l'application de la loi ancienne aux seuls rapports qui se localisent sous son empire, réalise techniquement cette « politique ».

L'auteur de la loi nouvelle a pu estimer qu'il importait néanmoins que l'effet de la loi nouvelle soit étendu aux situations anciennes. Cette méconnaissance volontaire de la relativité des lois successives s'exprime par l'exclusion formelle et, *a priori*, de l'application de la règle de conflit, c'est-à-dire par la clause de rétroactivité,

(107) Il est encore assez curieux, comme le fait remarquer M. le doyen BATIFFOL (*Traité*, p. 120, note 38) que, dans son interprétation de l'ancien article 84° du Code civil, la Cour de cassation ait jugé bon, après son abrogation, de modifier sa position (Cass. civ., 12 nov. 1952, J.C.P., 1953.11.7461, note AYMOND). Dans une note sous cet arrêt, M. BATIFFOL, *Rev. crit. D.I.P.*, 1954.349), rappelle que selon le doyen ROUBIER (J.C.P., 1946.11.3052), les tribunaux n'auraient pas à dégager l'interprétation que devrait recevoir une loi abrogée ; mais à constater l'interprétation qu'elle recevrait quand elle était encore en vigueur.

A propos de l'application des textes relatifs aux donations et réformés en 1938, que le Tribunal de Digne avait interprétés dans le sens des règles nouvelles M. ROUBIER estime que la juridiction ne pouvait discuter de l'état du droit antérieur. En réalité, suivant M. BATIFFOL (S., 1951.1.193), la Cour de cassation ne s'est pas fait faute d'interpréter des lois abrogées, ce qui est acceptable tant que cela ne va pas au-delà de ce que peut tolérer l'article 2, notamment par une interprétation dénaturante dans le sens de la loi nouvelle contraire.

avec les degrés d'ignorance du droit ancien qu'elle peut variablement comporter.

Une telle clause, avons-nous vu, a pour effet d'écarter la règle de conflit dans l'examen des situations juridiques. En l'absence de dispositions transitoires spéciales, il convient d'appliquer la règle de conflit, telle qu'elle a été exposée jusqu'ici.

Le résultat de l'analyse transitoire peut promouvoir alors l'application de la loi ancienne. Il se peut que cette solution soit d'abord conciliable avec l'état d'esprit de la législation nouvelle ou suppose l'existence actuelle de conditions étrangères à la situation considérée qui ne peuvent plus être réunies par le fait de la loi nouvelle. Le législateur aurait dû, certes, prévoir cette incompatibilité. Mais soit qu'il n'y ait pas songé, soit que son évidence lui ait paru de nature à supprimer le problème des transitions si la loi nouvelle ne comporte pas de dispositions transitoires spéciales, il faut se demander si la règle de conflit, technique adoptée en vue d'une certaine fin, n'abandonne pas sa fonction de facteur de paix sociale en conduisant à promouvoir l'application d'une loi ancienne inapplicable à l'époque de la loi nouvelle.

Ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est que la solution donnée par la règle de conflit est à l'origine de cette exclusion *a posteriori*, et que la mesure de cette revanche de la matière sur la forme est fonction de la rigueur employée dans l'application de la règle. En effet, la question de l'exclusion par appel à la notion d'ordre public dont il s'agit, se pose bien une fois que la règle de conflit a fonctionné et ce qu'elle ait bien ou mal fonctionné. C'est dire qu'une équivoque d'application va s'ajouter à l'équivoque qui plane sur le contenu même de la notion d'ordre public, dans la mesure où l'application de la loi ancienne résulte soit d'une mauvaise méthode de solution, soit d'une utilisation du vocable d'ordre public pour justifier une qualification de situations non autonomes.

Avant donc de préciser quel est le contenu de la notion d'ordre public et la portée de l'exclusion de la règle de conflit sur son fondement, nous nous attacherons à démontrer que l'ordre public se pose une fois que la règle de conflit a fonctionné. A défaut, en effet, d'une telle précision, on introduit une certaine équivoque dans l'étendue exacte de l'application de la notion de l'ordre public et, dans le système de conflit, un dangereux facteur de destruction.

A. — L'ORDRE PUBLIC N'INTERVIENT QUE LORSQUE LA RÈGLE DE CONFLIT A BIEN OU MAL FONCTIONNÉ.

166. — « Tous les juristes, écrit M. le professeur Malaurie, se servent de ce mot magique pour rendre acceptables les règles et les

solutions les plus diverses qui ne peuvent trouver ailleurs leur fondement. Privatistes et publicistes, législateurs et juges, praticiens et théoriciens, anciens et modernes, dès qu'ils sont embarrassés, font appel à ce prestigieux ordre public » (108). C'est dire que toute approche de la notion d'ordre public, en général, comme en droit transitoire, nous obligera à dissiper une certaine équivoque afin de mieux circonscrire le problème.

Cette équivoque naît de l'appel à l'ordre public d'une part, pour pallier les insuffisances d'une mauvaise méthode de solution du conflit dans le temps, d'autre part pour justifier une qualification dans la catégorie des situations à opposabilité absolue, alors que la notion d'ordre public est étrangère à la règle de conflit et n'est utilisée qu'une fois que celle-ci a fonctionné.

Une certaine méthode de solution du conflit, ignorant la nécessité d'une recherche de localisation des rapports de droit à un moment de la durée, est conduite par l'insuffisance de ses résultats à se servir de cette notion commode, parce qu'imprécise, que constitue l'ordre public. On tend ici à créer une catégorie de lois, dites d'ordre public, dont l'application aux situations en cours est décidée par la seule vertu magique de son appellation.

La doctrine des droits acquis se devait, devant l'échec du critère choisi, d'utiliser ce moyen, certes, efficace mais combien trompeur dans la détermination exacte de sa fonction et de son contenu. Toute construction doctrinale qui, par ailleurs, tendait à poser, *a priori*, le principe de la survie de la loi ancienne, se devait devant les conséquences qu'entraînait une telle position, de fixer une limite à l'application actuelle d'une loi néanmoins abrogée. Il ne fait d'ailleurs pas de doute que la doctrine de la survie, comme celle plus ancienne des droits acquis, sont issues d'une tendance nettement libérale. L'ordre public est alors un des moyens utilisés par l'Etat-gendarme pour limiter des excès imprévus et particuliers dont la répétition serait dangereuse pour la liberté générale. On reconnaît là, d'ailleurs, des raisons analogues à celles qui ont conduit à promouvoir la règle de l'article 6 du Code civil. Mais, au fur et à mesure que les interventions de l'Etat vont croissantes, la proposition doit être renversée et l'ordre public n'est plus que le moyen de faire échec aux situations acquises. Il y a là une opinion couramment admise par les économistes que le libéralisme révélait, dès son point de départ, l'antithèse la plus évidente.

(108) Cf. « L'ordre public et le contrat », *Etude de droit civil comparé France-Angleterre-U.R.S.S.*, n° 1, p. 4.

167. — Et ceci va se retrouver en droit transitoire. Toute méthode qui fait appel à l'ordre public pour expliquer des résultats que ne justifie pas apparemment la règle de conflit proposée recèle un facteur d'autodestruction, un vice de logique interne, extrêmement décisif. La doctrine du droit international privé fournit l'exemple d'un appel à la notion d'ordre public qui finit par vider de toute sa signification primitive le critère choisi. Il s'agit de la théorie personnaliste de Mancini. L'insuffisance du critère de rattachement à la personne est mis en évidence par l'imprécision du critère limitatif, choisi en second lieu pour pallier les conséquences attachées au premier choix. L'ordre public n'est plus alors qu'un procédé permettant de limiter l'application pratique d'un principe théorique discutable (109). Mais ce qui est plus grave, c'est que, d'une part, l'utilisation du procédé est fallacieuse, car la notion substituée est d'un contour très imprécis et, d'autre part, le recours à l'ordre public tend à retarder la recherche d'une catégorie qui tendrait à l'application de la loi nouvelle, mais dont les fondements et le critère seraient plus justifiés et plus utilisables que la notion d'ordre public (110). Comme l'a fait remarquer M. Batiffol (111), l'inclusion de l'ordre public à ce niveau de la solution du conflit a pour conséquence qu'« au lieu de poursuivre l'étude de ces catégories diverses, qui est l'objet véritable de la recherche moderne, il en justifie simplement la soustraction à la loi personnelle par le concept d'ordre public : c'est assigner à ce dernier un sens beaucoup trop général, alors qu'il a une fonction nettement plus précise sur laquelle l'école de Mancini a contribué à jeter l'équivoque ».

Poser la question de l'ordre public à l'intérieur de la règle de conflit a donc pour conséquence de constituer tout d'abord l'aveu de l'échec du critère principal, de masquer ensuite la voie qu'il fallait

(109) Cass. civ., 14 mars 1939, S., 1939.1.182, *Gaz. Pal.*, 1939.1.726, cité par BATIFFOL, p. 414, n° 357, qui fait observer que le possesseur d'un meuble n'est pas admis à se prévaloir en France de l'acquisition qu'il a effectuée de ce meuble à l'étranger selon la loi étrangère compétente si cette loi a organisé une spoliation sans indemnité du précédent propriétaire.

D'après BARTIN, l'ordre public peut jouer même à l'encontre d'une loi réelle ou délictuelle étrangère. C'est, en effet, l'équivoque principale de cette notion de loi territoriale que de laisser entendre l'identité de la loi du juge saisi et des différentes lois hétérogènes qu'on englobe dans son domaine. Or, si cette identité est, en effet, pratiquement obtenue pour la loi réelle immobilière parce que le juge compétent est, par principe, celui de la situation de l'immeuble, il en va autrement pour la loi réelle mobilière, la loi délictuelle, la loi de la forme des actes, la loi d'autonomie, parce que le juge français peut être saisi à propos d'un meuble sis à l'étranger, d'un délit commis à l'étranger, d'un acte passé à l'étranger. Par conséquent, l'ordre public pourra écarter une loi étrangère compétente à l'un de ces titres.

(110) Cf. BATIFFOL. *Traité*. n° 357, pp. 414-415.

(111) *Op. cit.*, n° 232, p. 279.

suivre et de dissimuler sous la logique apparente d'une notion bien imprécise à l'usage, un appel à l'intuition, de conduire enfin à une dangereuse contradiction (112).

168. — M. Roubier a, en effet, démontré (113) qu'il était illogique d'appliquer la loi nouvelle dans le passé au nom de l'ordre public, alors que précisément l'ordre public intervient pour promouvoir une règle de conflit qui conduit au résultat opposé. Il n'est certes pas nié que le contenu et les fondements de l'ordre public peuvent aboutir à exclure certaines conséquences de l'application de la règle de conflit, mais cela ne peut se concevoir sans contradiction au moment où intervient la règle de conflit. De plus, en admettant même que l'ordre public puisse simultanément rejeter et admettre la règle de conflit, ceci laisse entendre une telle imprécision dans son contenu, qu'on ne peut se demander sans inquiétude quelle peut être la valeur d'une telle notion comme critère d'application de la nouvelle loi. A la vérité, ce n'est plus alors qu'une forme vide où l'on introduit, comme pour la notion parallèle et contraire de droit acquis, ce que la mémoire et l'intuition veulent bien y mettre.

La notion d'ordre public ne peut donc se poser qu'en dehors de la règle de conflit : l'appel qui en serait fait au moment de la détermination de la loi applicable indique en réalité que le critère de solution est mauvais, sans pour autant que le critère substitué de l'ordre public soit davantage utilisable (114).

Mais une autre utilisation de l'ordre public à ce stade d'élaboration de la solution du conflit constitue une nouvelle équivoque qu'il convient de dissiper. En admettant que les catégories d'application au contenu des situations en cours aient été dégagées, on se souvient, en effet, qu'un des critères de classement utilisé au moment de la

(112) Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 415, n° 357 : « ... Autant est utile cette ressource d'un moyen de défense contre la loi étrangère inassimilable, autant il est inutile de faire appel à l'expression d'ordre public pour justifier la compétence normale de la loi française, laquelle s'explique simplement par la situation du bien ou la localisation du fait ou de l'acte litigieux ; en un sens, toute loi intéresse l'ordre public, car le législateur ne dispose qu'en vue du bien commun, l'expression est donc équivoque et mieux vaut s'en passer là où il existe une justification plus adéquate. »

(113) Cf. ROUBIER, I, p. 280, II, pp. 79 et suiv., pp. 109 et 116. Cf. *contra*, COLIN et CAPITANT, I, p. 61.

(114) Sur le rejet d'une telle « catégorisation » des lois d'ordre public en regard du droit transitoire, cf. notamment Cour d'appel Dijon, 24 avril 1885, S., 86.2.5 ; Trib. civ. St-Etienne, 31 déc. 1900, D., 1902.2.115 ; Trib. civ. Toulouse, 3 déc. 1917, S., 1920.2.3 ; Besançon, 26 janv. 1924, S., 1925.2.22 ; Trib. civ. Rouen, 24 déc. 1929, D.H., 1930.207. Cf. *contra* les conclusions MARION déjà citées ; PEREAU, *Rev. crit.*, 1931.226.

qualification du rapport de droit considéré peut faire appel à la notion d'ordre public (115).

Nous croyons, en effet, avoir démontré à propos du conflit des qualifications (116) que la notion d'ordre public peut être l'indice d'une qualification dans la catégorie des situations autonomes, mais qu'on ne peut, à partir du caractère d'ordre public d'une loi nouvelle, conclure à coup sûr au classement du rapport considéré dans la catégorie des situations non autonomes soumises à l'application de la loi nouvelle. On se souviendra que les lois réprimant l'usure sont bien, en effet, des lois d'ordre public, et tout particulièrement au sens de l'article 6 du Code civil, et qu'elles n'ont pourtant pas été appliquées aux contrats antérieurs (117). Seule, en effet, la limitation des effets d'une situation quant à sa durée et quant à ses destinataires, est de nature à permettre la qualification dans l'une ou l'autre des catégories.

De plus, l'utilisation, ici, de la notion d'ordre public ne rend pas compte de la portée véritable qu'elle possède. L'ordre public n'est ici utilisé que pour le contenu non actualisé d'une situation en cours. Cela résulte de l'insertion de cette notion dans la solution même du conflit, mais c'est précisément contre cela que nous nous insurgons ici, car l'ordre public pris en dehors de la règle de conflit pourrait avoir effet sur des situations dont le contenu a déjà fait l'objet d'une localisation à l'époque de la loi ancienne. L'utilisation de l'ordre public en vue de la seule qualification du contenu non actualisé peut alors introduire ici une équivoque supplémentaire en tendant à confondre le rôle de l'intervention de l'ordre public avec le rôle de la qualification. Ce reproche rejoint d'ailleurs celui fait précédemment aux constructions qui voient dans l'ordre public une catégorie particulière d'application de la loi nouvelle. La même critique peut toujours d'ailleurs être faite, qui porte sur l'utilisation difficile de cette notion en tant que critère de classement. En outre, l'analogie avec le droit international privé rappelle qu'on peut concevoir une application de l'ordre public en dehors du domaine de la qualification, pour des rapports ayant fait l'objet d'une localisation naturelle (118). C'est ainsi qu'on refuse au possesseur d'un bien à se prévaloir en France de l'acquisition effectuée à l'étranger selon la loi étrangère compétente si cette loi révèle une spoliation véritable

(115) Cf. notamment PICARD, *Rev. gén. assurances terrestres*, 1931, p. 571 ; JOSSE-RAND, *Cours de droit civil*, T. I^{er}, n° 83.

(116) Cf. *supra*, p. 517, n° 265.

(117) Cf. dans le sens que l'appellation d'ordre public d'une loi est impuissante à elle seule à justifier l'application de la loi nouvelle et l'exclusion de la loi ancienne, P. ESMEIN, *Traité pratique de PLANIOL et RIPERT*, T. VI, n° 28.

(118) Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 414, n° 357.

du propriétaire antérieur (119). Parallèlement, il faut admettre une intervention de l'ordre public pour exclure l'application de la loi ancienne aux situations en cours rattachées par qualification à la loi ancienne, comme aux situations localisées directement sous l'empire de la loi ancienne.

Mais, dans le premier cas, et c'est là où se situerait l'équivoque, il ne faut pas perdre de vue que l'intervention de l'ordre public se situe après la désignation de la loi ancienne, par comparaison entre le droit ancien et le droit nouveau. Dans la qualification « *lege temporis* », au contraire, il s'agit de savoir si l'élément d'une situation en cours se rattache soit à une situation autonome, soit à une situation connexe d'exercice de droits antérieurs. La confusion vient de ce que la déclaration d'ordre public est un indice, d'ailleurs assez ténu, qui peut conduire l'interprète à rattacher une situation à la loi nouvelle, mais ce, en raison de son classement dans la catégorie des situations non autonomes. L'attitude critiquée en arrive, au contraire, à exclure l'application de la loi ancienne au nom de l'ordre public, alors que ce dernier n'est nullement troublé par une incompatibilité technique quelconque, ou de fond, existant entre le droit ancien et le droit nouveau. L'ordre public est, une fois de plus, oublié, pour servir de simple forme à un résultat souhaité.

Il demeure, certes, que les mêmes conditions de fond peuvent dicter l'application de l'exception d'ordre public, comme la qualification « *lege temporis* », mais seule l'exclusion de la loi ancienne en vertu de l'ordre public est révélatrice d'une intolérance des systèmes législatifs successifs qui conduisent à nier dans ses conséquences actuelles la relativité des lois dans le temps. L'effet de la qualification « *lege temporis* » ne va pas jusque là.

Telle va être, en effet, la portée de l'intervention de l'ordre public, qui nous a conduit à préciser, dès l'approche de cette étude, que l'intervention de cette notion dans le conflit dans le temps, ne peut se concevoir qu'une fois que la règle de conflit a fonctionné. La notion d'ordre public doit rester étrangère à la règle de conflit sous peine de confusion et de contradiction.

B. — PORTÉE DE L'EXCLUSION DE LA LOI ANCIENNE AU NOM DE L'ORDRE PUBLIC.

169. — L'efficacité, comme la cohérence de la règle de conflit, imposent donc de considérer la notion d'ordre public en dehors du

(119) Cass. civ., 14 mars 1939, S., 1939.1.182, *Gaz. Pal.*, 1939.1.726. L'analogie est d'autant plus nette que certains ont voulu voir ici, à tort selon nous, un conflit de lois dans le temps.

processus d'élaboration de la solution de conflit. Il faut considérer l'ordre public comme une notion générale du droit qui ne trouve qu'une application particulière à propos du droit transitoire. Nous pensons que tel est bien son caractère sous l'angle de sa définition par sa fonction, et non de sa définition par son contenu. Défini par sa fonction, l'ordre public s'analyse en un moyen destiné à écarter dans un cas particulier l'application d'une règle générale (120). C'est ici que l'expression technique d'« exception » d'ordre public rejoint la signification du sens commun. « Les règles normales de la procédure civile et du droit international privé, écrit M. Malaurie (121), peuvent être perturbées par l'ingérence de l'ordre public : le juge aura le droit de soulever d'office une exception, le ministère public pourra intenter une action civile, des moyens nouveaux seront recevables devant la Cour de cassation toutes les fois que l'ordre public est intéressé. Pour la même raison, une loi étrangère, normalement applicable, sera écartée. » De même les articles 6 et 1134 du Code civil français, les paragraphes 134 et 138 du B.G.B., les articles 1^{er} et 30 du Code civil soviétique exposent des applications en matière de contrats de cette définition fonctionnelle de l'ordre public (122). L'ordre public permet ici d'écarter l'application du principe de la liberté contractuelle (droit français ou allemand) ou d'écarter les règles de validité d'un contrat (droit soviétique). On notera donc, sur ce dernier point, que si la fonction de l'ordre public est unique, son utilisation peut aboutir à des applications différentes. Alors que l'ordre public peut dans un cas limiter les effets de la liberté contractuelle par la nullité des dispositions qui vont à l'encontre du contenu de l'ordre public, dans un autre cas, un contrat irrégulier pourra être validé, si tel est l'intérêt de l'Etat soviétique (123). Fonction-

(120) Cf. MALAURIE, *op. cit.*, p. 17, n° 20 : « Plus les exigences supérieures de l'intérêt général l'emportent sur les droits individuels, moins le droit est de légalité et plus le juge est libre pour faire prédominer l'intérêt de la communauté sur la volonté du législateur et des parties. Le juge pourrait alors écarter toute règle juridique spéciale normalement applicable. » Cf. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et ROUAST, in *Trav. Ass. H. Capitaine*; cf. égal. MALAURIE (*loc. cit.*) : « L'ordre public possède une fonction perturbatrice au sein du droit privé. »

(121) *Op. cit.*, p. 16, n° 19.

(122) Cf. cité par MALAURIE, *op. cit.*, p. 11, n°s 10 et 11, Code civil soviétique, art. 1^{er} : « Les droits civils sont protégés par la loi, sauf s'ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique ou sociale »; art. 30 : « (est nul) l'acte juridique passé dans un but contraire à la loi ou visant manifestement à léser l'Etat ». B.G.B., § 134 : « Un acte juridique qui se heurte à une prohibition légale est nul, à moins que le contraire ne résulte de la loi »; § 138 : « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. »

(123) AGARKOV, *Bulletin Académie des Sciences*, 1946, p. 424, cité par MALAURIE, p. 32, n° 33, définit l'ordre public au sens du droit soviétique : « Tout ce qui est nécessaire à la réalisation des buts de la société socialiste et qui n'a pas été exprimé par la loi écrite. »

nellement, l'ordre public s'analyse en un simple procédé destiné à faire échec à la solution normalement applicable, telles qu'étaient prévues, *a priori*, les conditions de son application. Mais par-delà le simple procédé technique, vidé de toute substance, l'ordre public révèle un contenu extrêmement riche qui résume, en un moment et en un lieu donnés, l'ensemble des aspirations de la collectivité, avec tous les excès et les contradictions propres aux sociétés humaines qu'elles peuvent comporter. La mesure de la fonction de l'ordre public est alors donnée par la pression exercée par la masse de ces aspirations sur les institutions juridiques au moment où la question de l'application de la règle se pose. Ce qu'il importe de souligner dès à présent, c'est l'extrême variété de l'expression de ces aspirations. L'une peut se formuler sur un plan très éloigné de la technicité juridique, dans toute l'imprécision par exemple de la règle morale, telle la prohibition de l'esclavage ou de la polygamie (124). Telle autre, au contraire, qui exprime pourtant une idée-force, trouve son expression dans un délai pour agir, en matière de désaveu de paternité par exemple (125), ou dans le retrait de la catégorie des « *res in commercio* », d'un genre particulier de biens. La portée de l'ordre public en droit transitoire doit donc se pénétrer avant tout de cet aspect fonctionnellement unique, mais substantiellement multiple de l'ordre public.

170. — Du point de vue fonctionnel, il ne peut évidemment être question d'écarter l'application de la notion d'ordre public du droit transitoire, dès lors que l'on s'est bien pénétré qu'un tel concept le dépasse manifestement, qu'il s'agit d'une notion générale extérieure au conflit dans le temps.

Il reste évidemment l'obstacle de l'article 2 du Code civil qui ne prévoit pas l'exclusion de la loi ancienne au nom de l'ordre public. L'article 2, avons-nous vu, se contente d'exclure du champ d'application de la loi nouvelle les faits antérieurs à celle-ci, de même que pour le conflit dans l'espace, l'article 3 décide que le statut personnel des Français sera soumis à la loi française, ainsi que le régime des immeubles sis en France. Mais ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est la manière dont peut jouer l'ordre public.

L'ordre public, en tant que procédé, est destiné à écarter l'application de la solution normalement attendue de l'application de la

(124) Encore qu'en droit interne, ils trouvent une sanction très précise.

(125) Cass. civ., 30 nov. 1938, D.P., 1939.I.57, note SILZ, S., 1939.I.63, *Rev. D.J.P.*, 1939.283, cit. BATIFFOL, *Traité*, p. 418, n° 361. Est contraire à l'ordre public, une loi étrangère admettant la recherche de paternité dans un délai supérieur à celui de la loi française.

règle *a priori*. Mais l'ordre public se réfère à une interprétation de cette règle et la mesure de sa mise en jeu est fournie par les possibilités d'interprétation qu'offre la règle considérée. Si la règle prévoit des conditions d'application extrêmement précises qui ne laissent aucune liberté à l'interprète, le jeu de l'ordre public ne pourra intervenir que par des moyens détournés (126). La règle posée par l'article 6 laisse une liberté assez grande à l'interprète pour définir comparativement avec les lois spéciales les hypothèses où la liberté contractuelle s'arrête devant les exigences d'un ordre public, pris cette fois dans son contenu.

La règle de l'article 3 fournissant une délimitation unilatérale de la loi applicable, laisse à l'interprète le soin de délimiter le champ d'application de la loi étrangère. Il se trouve que l'ordre public joue ici précisément pour évincer la loi étrangère, et non, évidemment, par hypothèse, la loi française. Néanmoins, cette lacune, volontaire d'ailleurs (127), de l'article 3, permet l'introduction directe du procédé de l'ordre public sans pour autant aller à l'encontre des prescriptions expresses de la règle de conflit.

La limite du recours à l'ordre public est donc celle de la dénaturation possible de la règle préalable interprétée. La règle de l'article 2 prévoit très expressément que la loi nouvelle ne saurait avoir effet sur ce qui s'est passé antérieurement à sa promulgation. L'application de la loi ancienne à l'époque de la loi nouvelle n'est pas prévue par le texte. C'est par cette première faille que la notion d'ordre public va pouvoir être introduite pour écarter la « survie » de la loi ancienne telle qu'elle peut être décidée conformément à la règle générale de conflit dégagée par voie d'interprétation des dispositions fragmentaires de l'article 2. Mais l'ordre public, avons-nous dit, ne limite pas ses effets à l'application de la loi ancienne au contenu non actualisé. Il existe une possibilité de faire jouer l'ordre public, même pour les éléments des situations localisées directement sous l'empire de la loi ancienne.

Il est, en effet, admis que la règle posée à l'article 2 ne se situe pas à un degré différent des autres lois dans la hiérarchie des normes. Le législateur peut décider que son œuvre aura un effet rétroactif. L'interprète recherchera si une loi nouvelle présente des dispositions particulières en ce sens, et ce, avec d'autant plus de diligence qu'il lui semblera que l'application de la loi ancienne à l'époque actuelle est totalement incompatible avec l'état créé par la loi nouvelle. Si

(126) L'utilisation de la fiction, par exemple, dans la technique prétorienne (cf. en droit romain, le système des actions fictices, MONIER, p. 182, n° 141), l'utilisation de la dispense en droit canonique, de la notion de formalités substantielles en Procédure civile pour écarter la règle de l'art. 173 C.P.C. (cf. notre article au *Rec. gén. lois et jurispr.*, 1959.5).

(127) Cf. BATIFFOL, *Traité*, pp. 320 et suiv., n° 273.

l'article 2 précise que la loi nouvelle n'aura pas d'effet rétroactif, ce qui ne permet pas l'interprétation, il ne dit pas qu'on ne puisse rechercher dans le texte nouveau des dispositions tendant à faire méconnaître les conséquences attachées à la relativité des lois dans le temps. C'est par l'interprétation que la loi nouvelle entend être rétroactive, que l'on pourra exclure l'application de la loi ancienne normalement compétente. Tant qu'un texte d'ordre public ne précisera pas qu'il est interdit de rechercher par voie d'interprétation si la loi nouvelle rétroagit (128), il nous semble que l'on pourra utiliser ici le procédé de l'ordre public. Et sans préjuger du jugement de valeur que nous entendons porter sur un tel procédé, il ne fait pas de doute que la tentation pour l'interprète sera grande de l'utiliser quand il en sentira la nécessité.

Cet appel, par le biais de la rétroactivité, à l'ordre public ne constitue pas un retour à la rétroactivité tacite. Dans l'hypothèse étudiée au présent chapitre, on suppose que l'interprète a envisagé le fonctionnement de la règle de conflit. Il a constaté qu'il serait amené à appliquer la loi ancienne. Il a relevé, alors, qu'une telle application pourtant conforme à l'interprétation habituelle de la règle de conflit va conduire à appliquer une règle, soit moralement, soit techniquement inapplicable. Il se livrera alors à un examen très « orienté » de la loi nouvelle, pour y découvrir par voie d'interprétation, et toujours à la limite de la dénaturation, une clause de rétroactivité.

Dans l'hypothèse de la rétroactivité tacite, il y a lieu, *a priori*, à une recherche d'intention du législateur, que ne justifie pas l'ordre public. Une politique législative peut laisser penser qu'une clause de rétroactivité soit souhaitable, sans pour autant conduire à exclure l'application normale de la loi ancienne.

Outre le moment différent dans le processus de conflit où se situent ces deux démarches, il y a entre la recherche d'une rétroactivité tacite et celle d'une rétroactivité d'ordre public, toute la distance qui sépare la simple opportunité de la nécessité la plus absolue. L'opportunité relève de la politique juridique. La nécessité est un facteur d'application de la loi, dont l'interprète doit tenir compte.

Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix nous paraît être la meilleure illustration que l'on puisse donner de la construction proposée (129).

(128) Cf. en ce sens le projet établi par la Commission de réforme du Code civil, art. 24, al. 1^{er}.

(129) 20 janv. 1934, *Journ. assurances*, 1934.335. Cf. également pour un appel explicite à l'ordre public, Trib. pensions, Lille, 19 janv. 1944, *Gaz. Pal.*, 1944.I.231. Cf. également un arrêt de la Cour de cassation, Ch. civ., sect. soc., 10 nov. 1955 (DS., 1955.S.99), qui fait une application caractéristique, quoique discutable, de l'exception d'ordre public. Les sous-locations, même antérieurement consenties

Il est précisé dans cet arrêt que si le principe de non-rétroactivité des lois ne s'impose pas au législateur qui peut, dans un intérêt supérieur et d'ordre public, décider l'application de la loi nouvelle aux contrats antérieurs, notamment dans les règles de leur formation, dès lors que la volonté du législateur est certaine, elle s'impose au juge. Et le caractère de certitude peut résulter soit de la volonté expresse du législateur, soit des conditions d'application de la loi nouvelle qui excluent nécessairement la reconnaissance de l'existence des situations antérieures.

La portée de l'exclusion de la loi ancienne normalement compétente s'étend donc au contenu des situations localisées par qualification, comme à celui localisé directement, par recours à l'idée de rétroactivité possible de la loi nouvelle.

Nous savons que l'effet de la rétroactivité est de méconnaître les conséquences attachées à la relativité des lois dans le temps. L'exclusion de la loi ancienne en raison de l'ordre public participe quant à la technique, sinon quant au fondement, du même régime. Elle conduit donc à l'application de la loi nouvelle purement et simplement. La solution donnée par la règle de conflit est ici définitivement écartée, et on ne pourrait par exemple concevoir une application partielle de la loi ancienne dans la mesure où elle ne se heurte pas à l'ordre public nouveau (130).

171. — On ne néglige nullement les dangers de l'utilisation de la notion d'ordre public en droit transitoire. Il serait vain, néanmoins, de n'en dissimuler la possibilité que pour en condamner le recours.

Le premier risque que nous courons ici est de reconnaître la possibilité d'un procédé d'exclusion de la loi normalement compétente qui constitue pour la construction que nous avons tenté d'élaborer, un dangereux facteur de désagrégation.

On fera ici simplement observer que ce risque existe pour toute construction juridique. C'est la rançon normale de toute tentative de systématisation. La rigueur dans l'application des procédés et la prudence dans le retour du système à la réalité doivent éviter toute exagération de ce danger. La systématisation conduit à promouvoir une règle qui doit à la fois être précise pour être efficace et assez souple pour rendre compte de la diversité des cas d'application.

qui, aux termes de l'article 25 de l'ordonnance du 17 octobre 1945 modifiée (art. 832 C. rural), sont devenues illicites, constituent pour le bailleur une cause de résiliation d'ordre public, indépendante de l'existence d'un congé.

(130) Cf. en ce sens la solution donnée en D.I.P. par le Reichsgericht (19 déc. 1922.E.106.85, *Rev. D.I.P.*, 1926.271) cité par BATIFFOL, *Traité*, p. 422, n° 365.

Il y a là une mise en forme de la matière. Ce dont il faut se garder, c'est de la « révolte des faits contre le Code », de cette revanche de la matière contre la forme que constitue cet appel à l'ordre public. Nous croyons avoir évité les conséquences paradoxalement destructrices des systèmes que constitue l'ordre public en en situant l'application hors de notre règle de conflit, mais toujours à l'aide d'un concept propre au droit transitoire, en en « canalisant » les effets par le jeu de l'interprétation de la loi nouvelle.

Et nous pensons éviter ainsi le second danger que présente l'appel à la notion d'ordre public. Il s'agit de la propension que peut avoir l'interprète d'inverser l'ordre du processus de solution, en commençant par se demander si la loi nouvelle est ou n'est pas une loi d'ordre public, ce qui conduirait à adopter un critère d'application de la loi nouvelle inutilisable à ce stade de la solution de conflit. Il faut éviter cette « catégorisation » au sein du droit transitoire des situations relevant de l'ordre public. C'est une condition indispensable pour la cohérence et l'efficacité du système de conflit.

C. — CONTENU DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC (131).

172. — On sait qu'à l'unité fonctionnelle de l'ordre public correspond une multiplicité substantielle, tenant compte de la diversité des hypothèses d'application de la notion. Si « l'objectif général que poursuit l'ordre public, selon M. Louis-Lucas (132), est toujours le même : assurer le respect d'une exigence sociale fondamentale », on conçoit évidemment une variété extrême quant au contenu. Aussi a-t-on eu parfois l'impression qu'il s'agissait dans chacune des matières où s'applique l'ordre public, de notions rigoureusement distinctes (133).

(131) Cf. JULLIOT de la MORANDIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », in *Mélanges Capitant*, p. 381 et tout particulièrement en matière transitoire, pp. 397 et suiv. Cf. également du même auteur, *Cours de Doctorat*, 1951-52. Cf. la définition magistrale donnée par M. MALAURIE, *op. cit.*, p. 10 : « L'ordre public est le précipité des expériences et des aspirations sociales, la cristallisation des sentiments nationaux, la flèche directrice de l'esprit du droit. » Cf. BATIFFOL, p. 417, sur la méthode de recherche de l'ordre public : « Il ne s'agit donc pas de mesurer l'intervention de l'ordre public à la chaleur imprévisible de nos indignations, mais à la conviction raisonnée qu'une loi étrangère ne doit pas être appliquée en France. Et cette position concorde avec l'idée que si la raison a son mot à dire dans la conduite humaine, que ce soit en droit ou en morale, il serait bien surprenant que les fondements mêmes du droit comme de la morale fussent non pas rationnels mais affectifs, alors que l'expérience la plus élémentaire recommande que la raison se soumette les passions. » Sur l'ordre public en D.I.P., cf. LAGARDE, Thèse Paris, 1957.

(132) *Rev. D.I.P.*, 1933, p. 405.

(133) Cf. notamment BATIFFOL, *Traité*, p. 423, n° 366.

Il n'est pas oublié que le contenu de l'ordre public variant d'une hypothèse à une autre, l'unité du concept semble toutefois sauvegardée par sa fonction, qui repose néanmoins sur une idée de fond : l'effacement d'une règle préétablie, devant une exigence sociale plus forte que celle qui a conduit à promouvoir la règle combattue.

Dans l'interprétation de l'article 6 du Code civil, le contenu de l'ordre public est tout ce qui est retiré à l'autodétermination des parties. C'est ainsi que l'on a souvent entendu le sens de l'ordre public en droit transitoire pour justifier, à tort selon nous, un classement dans la catégorie des situations non autonomes.

En droit international privé, au contraire, l'ordre public a bien fréquemment joué pour écarter l'application au statut personnel ou au statut réel, matières d'ordre public au sens de la loi interne, de la loi étrangère pourtant compétente, conformément à la règle de conflit.

Mais en allant au-delà de cette opposition première, on peut constater que ce qui est d'ordre public dans les deux cas, c'est-à-dire : ou soustrait à la détermination des conventions particulières, ou à l'empire de la loi ancienne, c'est précisément le statut personnel ou le statut réel dans ce que la loi française y attache de fondamental. Encore que l'ordre public soit plus restrictif en matière contractuelle qu'en matière de conflit dans l'espace, l'unité fonctionnelle de la notion disparaîtra toujours dans la variété de ses applications particulières (134).

173. — L'intervention de l'ordre public en droit transitoire suppose apparemment que la loi ancienne désignée comme loi compétente ne puisse être appliquée, soit pour raisons d'ordre général, soit pour des motifs techniques.

Si une loi nouvelle crée des formalités d'opposabilité des droits antérieurement créés, et si aucune mesure transitoire n'a été prévue, il faudra bien admettre que les droits antérieurs, pour être efficaces, devront se soumettre au régime nouveau.

Un loi nouvelle peut retirer du commerce telle catégorie de

(134) M. MALAURIE fait justement observer que l'ordre public ne se confond pas avec un régime de droit public : « L'ordre public reste une notion de droit privé, de telle sorte que son effet n'est pas de substituer des rapports de droit public à ceux de droit privé, ou une personne publique à une personne privée... Pour qu'il y ait véritablement empiètement du droit public sur le droit privé, il faut qu'il y ait création d'un service public; cela ne se produit évidemment pas par la seule action de l'ordre public qui ne joue, par définition, qu'un rôle négatif » (*op. cit.*, p. 48, n° 63). Cf. WALINE, *Travaux Ass. Capitant*, 1946, II, p. 299; RIVERO, *Droit public et droit privé*, D., 46, Chron., 25; FLOUR, *Travaux Ass. Capitant*, 1946, II, p. 47.

bien, et se trouver ainsi être applicable aux situations antérieures ayant les liens prohibés pour objet (135).

Mal, l'aspect technique de l'incompatibilité des lois ancienne et nouvelle masque souvent une intention plus substantielle du législateur de voir disparaître jusque dans ses conséquences passées le régime antérieur. Aussi l'incompatibilité d'ordre technique relève-t-elle, sauf la maladresse des auteurs de la loi nouvelle, d'un aspect beaucoup plus fondamental et conforme à la signification profonde des techniques.

Sous cet aspect, l'intervention de l'ordre public se justifie à un double point de vue, et on pourra reprendre ici avec profit la distinction proposée par Lerebours-Pigeonnière (136). L'ordre public peut être tout d'abord un moyen de défense contre des lois anciennes qu'un sentiment unanime (137) déclare aujourd'hui inadmissibles, soit que l'opinion ait évolué, soit qu'un tel régime ait été imposé par un envahisseur. Sous cette rubrique, on pourra grouper les lois anciennes intéressant l'esclavage, le mariage polygamique, la discrimination raciale ou religieuse (138), la spoliation (139). Encore que l'ordre public soit une notion contingente et variable dans le temps, comme dans l'espace, soumise à l'évolution des mœurs (140), on rencontrera difficilement, dans une civilisation donnée, de telles

(135) Ceci ne préjuge d'ailleurs pas de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Cf. WALINE, *Traité*, p. 605 (6^e éd.). Cf. également BLAEVOET, D., 1945.324, sur l'application dans le temps du décret-loi du 30 octobre 1935 relatif au régime de l'électricité. Cf. CHAPUS, *Responsabilité publique*, p. 164, n° 1, p. 338.

(136) Cf. *Précis*, n° 270, p. 318. Cf. en ce sens BATIFFOL, *Traité*, n° 359, p. 416; SAVATIER, note au D.P., 1930.I.118. Dans un sens qui combine cette distinction avec celle développée *supra*, cf. NIBOYET, *Cours*, pp. 484 et suiv., n° 499 et suiv.

(137) Cf. sur la difficulté de déterminer cette unanimité, on relira SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 508-509 ; « Je signalerai seulement dans l'exécution une difficulté que présenterait la fixation et la délimitation de ces atrocités et de ces turpitudes ; car les vues subjectives des divers dépositaires des trois pouvoirs de l'Etat pourraient bien ne pas s'accorder. Il pourrait se trouver parmi eux des communistes conséquents, qui mettraient la propriété au nombre des atrocités et des turpitudes. »

(138) Cf. SAVIGNY. On se reportera à ce que nous avons écrit sur l'apparition de la notion d'ordre public pour écarter la loi ancienne normalement compétente. Cf. not. DOMAT, *op. cit.*, Liv. prélim., Tit. I^{er}, sect. I. Cf. également MERLIN, *op. cit.*, § 9, n° 2. Cf. également cité par MALHER de CHASSAT, p. 144, *Voet*, Comm. ad Pandect et Legibus, n° 17. Cf. également p. 135. La rétroactivité d'ordre public utilisée par ces auteurs relève à la fois de l'intervention de l'effet sur le passé des lois interprétatives et de la rétroactivité exigée par l'incompatibilité présentée par deux états législatifs successifs.

(139) Cf. sur la notion de lois spoliatrices, article JAMBU-MERLIN, *précité*, p. 288.

(140) Sur la relativité de la notion d'ordre public, cf. MALAURIE, *op. cit.*, p. 6, n° 3 : « ... ce qui est constant, c'est l'ordre absolu, mais l'ordre est une variable. Le mot d'ordre écrit en lettres capitales désigne une qualité supérieure du droit et possède une valeur éternelle qui leur permet d'échapper au temps. L'ordre, en

oppositions, bien que notre histoire contemporaine nous ait appris parfois à redouter une telle éventualité.

L'opposition entre la loi ancienne et la loi nouvelle peut être plus souvent ressentie dans les hypothèses où l'intervention de l'ordre public n'est pas justifiée par la réaction unanime du corps social, mais comme un moyen nécessaire pour assurer une politique qui tend à imposer une ligne de conduite déterminée. A cette catégorie, on rattache par exemple la prohibition du commerce de certains biens, le cours forcé de la monnaie et, dans une certaine mesure, la politique de taxation des prix et de contingentement des produits consommables (141). C'est ainsi que l'inefficacité, en période de cours forcé, des clauses de contrats antérieurs stipulant expressément le paiement des obligations en or, relève, selon nous, de l'intervention de l'ordre public. La compétence, ici, de la loi ancienne, va de soi et pourtant son application est écartée, car les lois sur le cours forcé de la monnaie sont d'ordre public (142). Dans la mesure où la détermination de la monnaie de paiement a fait l'objet d'une

lettres minuscules, n'est que d'un moment, il suit les ondulations de l'histoire, se cherche, se fait et se défait, avec diversité.» Cf. également les observations de M. CARBONNIER sous l'arrêt précité, Cass. civ., 28 fév 1950, *Rev. trim. droit civ.*, 1950, p. 369. La contingence de l'ordre public est telle d'ailleurs qu'elle doit s'apprécier non au moment de la promulgation de la loi nouvelle qu'au moment même du litige. Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 415; CARBONNIER, obs., *Rev. trim. droit civ.*, 1956.742. En 1941, une clause interdisant dans un bail la sous-location doit être considérée comme exceptionnelle et interprétée restrictivement.

(141) Cf. CARBONNIER, J.C.P., 1946.II.4239. Une vente conclue pour un prix supérieur à celui de la taxe est certainement nulle pour l'ordre public. Cf. MALAURIE, n° 17, p. 15, qui définit l'atteinte à l'ordre public : « Le fait de porter atteinte aux institutions familiales, domestiques, monétaires, fiscales... » Cf. RIPERT, *Aspects juridiques* (n° 102, p. 224), sur le caractère d'ordre public de la politique d'économie dirigée : « La loi qui se propose de diriger l'économie ne peut pas accepter un maintien des contrats antérieurs. Elle les déclarera toujours contraires à l'ordre public qu'elle crée. » Cf. du même auteur in *Mélanges Geny*, II, p. 347, « L'ordre économique et la liberté contractuelle ».

(142) Cf. Cass., 11 fév. 1873, S. 73.I.97; Trib. Seine, 17 mars 1919, S. 1921.2.13; Cass., 17 mai 1917, S. 1917.L.289; 27 janv. 1926, S. 1927.4.1. Cf. également MESTRE, S. 1941.2.9; CAPITANT, DH., 1927, Chron., p. 1. Cf. ROUBIER, II, p. 126. L'effet de l'application de la loi nouvelle au nom de l'ordre public ne va pas au-delà de priver d'effet les clauses incriminées par l'ordre public nouveau. En tant qu'élément de validité du contrat à l'époque de la loi ancienne, ces clauses subsistent (cf. Cass. civ., 10 mars 1947, *Gaz. Pal.*, 1948.I.240). M. BATIFFOL, p. 224, n° 100, a expliqué la divergence des solutions données en matière de clauses-or en D.I.P. et en droit transitoire : « ... la nullité des clauses-or a paru, à tort ou à raison, indispensable à la défense de la monnaie et cet intérêt général a prévalu sur ce que paraissait appeler l'utilité privée. La jurisprudence française a, au contraire, validé ces clauses dans les règlements internationaux parce que la défense du franc lui a paru un objectif sinon moins impérieux du moins finalement subordonné au maintien du commerce extérieur. » Sur le dernier état de cette jurisprudence, cf. Cour d'appel Paris, 13 déc. 1955, *Gaz. Pal.*, 28-30 mars 1956, *Rev. trim. droit com.*, 1956.365, obs. LOUSSOUARN.

clause du contrat, soit sous la forme d'une indication de valeur (valorisme monétaire), soit sous la forme d'une indexation expresse (valorisme contractuel), l'application du cours forcé en raison des considérations qui s'y attachent, conduit à écarter la règle de conflit transitoire, ce qui entraîne l'absence d'effet des clauses-or, et à l'application de la loi créant le cours forcé. Ici, l'application de la loi nouvelle ne se conçoit qu'au nom de l'ordre public. Plus précisément quant à l'indication de la valeur à fournir, suivant que l'on considère la monnaie comme un moyen de paiement contractuel ou comme un instrument d'évaluation, l'application de la loi nouvelle relève d'une application de l'idée d'ordre public ou de l'idée de qualification « *lege temporis* ». Un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1957 avait fait perdre son intérêt pratique à cette discussion en reconnaissant la validité de principe des clauses d'indexation (143). En effet, l'ordonnance du 31 décembre 1958, (art. 79, § 3), portant loi de finances, remet tout en question en interdisant un certain nombre d'indexations. Une ordonnance du 5 février 1959 le confirme et précise que les indices sont réputés bloqués en ce qui concerne l'effet des clauses au 31 décembre 1958. La rétroactivité n'est pas ici douteuse, puisque expressément formulée. L'ordre public monétaire semble à nouveau allergique à un grand nombre d'indexations.

En revanche, l'ordonnance du 27 décembre 1958 créant le « franc lourd » s'appliquera sans rétroactivité aux obligations libellées en francs anciens, la monnaie n'étant prise ici qu'à titre d'unité (144).

On ne perdra pas de vue, par ailleurs, que la mesure dans laquelle joue l'ordre public est fonction de l'intolérance ressentie par l'organisme juridique actuel en contact avec la loi ancienne. Or, cette intolérance varie, certes, en fonction du contenu même de la loi ancienne, mais également selon qu'il s'agit de faire échec à la loi ancienne pour ses effets à l'époque présente ou son efficacité avant la promulgation de la loi nouvelle qui a déterminé l'ordre nouveau. C'est ainsi que les juges écarteront l'application de la loi ancienne au contenu non actualisé des situations autonomes plus aisément qu'ils ne remettront en question la validité des opérations constitutives des situations et de leurs effets réalisés à l'époque de la loi

(143) Cf. J.C.P., 1957.10094 bis, conclusions BESSON, D., 1957.649, note RIPERT et *id.*, MAZEAUD in *Rev. trim. droit civ.*, 1957.698; Ph. LÉVY, J.C.P., 1957.I.1381; CARBONNIER, *Rev. trim. droit civ.*, 1957.553. Sur les fluctuations de l'ordre public monétaire, cf. SOLUS, article in *Journal des Notaires*, 1928, p. 784.

(144) Le contrat qui n'est plus exécutable du fait de la loi nouvelle doit être réilié (Grenoble, 3 mai 1911, D., 1913.3.205). Pour un contrat dont l'exécution est seulement rendue plus difficile, appréciation moins sévère de la faute du débiteur (Cass. Req., 26 juill. 1909, S., 1910.1.71).

ancienne (145). En effet, parallèlement à ce qui est appliqué en droit international privé, l'ordre public actuel est moins directement atteint lorsqu'on se borne à reconnaître l'efficacité à l'étranger ou dans le passé de la norme incriminée. Pour que dans cette hypothèse l'intolérance soit déterminante, il faut que l'on se trouve en présence d'une règle ancienne particulièrement odieuse en regard de l'ordre public actuel, au point que l'interprète ne puisse admettre l'existence même, dans le passé ou dans un autre lieu, d'une telle norme (146).

Compte tenu, dans ces hypothèses, de l'écueil que constituerait une « catégorisation » des situations intéressant l'ordre public, et dès lors qu'il ne fait pas de doute que l'application de la loi ancienne, désignée conformément à la règle de conflit, est incompatible avec l'esprit, comme avec la technique qui l'exprime, de la loi nouvelle, l'exception d'ordre public conduit à l'exclusion de la loi normalement compétente, et à l'application rétroactive de la loi nouvelle (147).

Il importe simplement, pour la solidité du système proposé : 1° que le recours à l'ordre public ne soit commandé que par l'impossibilité fondamentale de confronter la loi ancienne et l'ordre nouveau ; 2° que l'interprète, le juge tout particulièrement, constate expressément cette intolérance et justifie explicitement l'exclusion exceptionnelle de la règle par l'appel à l'ordre public (148).

(145) On se souviendra également que le rejet des effets de la localisation par actualisation ne peut se faire que par appel à la fiction de l'existence dans le passé d'une norme qui a pourtant existé, alors que l'exclusion de la loi ancienne pour le contenu non actualisé des situations autonomes conduit plus simplement à rejeter la vraisemblance d'une construction élaborée en fonction d'une certaine fin, dès lors que cette fin est dépassée.

(146) Cf. pour l'analogie en D.I.P., BATIFFOL, *Traité*, p. 424, n° 368 ; LEREBOURS-PICEONNIÈRE, p. 323, n° 271.

(147) Un aspect de cette intolérance étranger au droit transitoire mais néanmoins intéressant à connaître est indiqué par M. JAMBU-MERLIN, in *Rev. trim. droit civ.*, 1948, p. 271 : « Notre législation connaît... depuis une époque récente, des textes législatifs qui constatent la nullité des lois antérieures. A prendre ces textes à la lettre, ils ne sont pas rétroactifs, ils ne font pas naître un véritable problème de conflits de lois dans le temps ; la loi ancienne n'a, en principe, jamais existé. Les actes juridiques accomplis conformément à l'apparence législative ainsi créée ne disparaissent pas en raison de l'effet rétroactif de la loi nouvelle, mais parce que leur support juridique est et a toujours été nul... »

(148) MM. MAZEAUD (*op. cit.*, p. 169, n° 140) et le doyen de la MORANDIÈRE (*op. cit.*, p. 161, n° 254) reconnaissent à l'ordre public la fonction qui a été définie ci-dessus.

« L'homme de droit, créateur ou interprète, n'a pas de repos tant qu'il n'a pas réussi à définir, ou tout au moins à rétrécir à l'extrême le cercle de l'indéterminé. »

DABIN, Technique de l'élaboration du
Droit positif.

CONCLUSION

174. — Le système général de solution du conflit des lois dans le temps conduit donc à définir la loi compétente pour régir une situation, c'est-à-dire un ensemble de droits et d'obligations, au sens large, concernant un ou plusieurs sujets de droit. Il suppose évidemment un changement de régime juridique et une tendance de l'ordre juridique en vigueur lorsque la question de conflit se pose, à ne pas méconnaître l'existence d'une norme différente à une époque antérieure à la mise en vigueur de la norme nouvelle. Cette tendance est exprimée dans le principe de non-rétroactivité des lois qui conduit à limiter l'efficacité de la loi nouvelle au moment où elle est en vigueur, sans chercher son application en deçà de sa promulgation. On sait qu'un tel principe s'impose à titre de règle à l'égard de l'interprète, comme le précise la totalité des législations modernes, mais n'a généralement que la valeur d'une indication d'opportunité politique, justifiée par des fins morales et pratiques, à l'égard du législateur. Le législateur a donc la faculté de conférer à son œuvre une efficacité rétroactive. Il lui en est très fréquemment fait grief et le sens commun croit y voir souvent une véritable infraction à une prescription obligatoire. Il ne fait pas de doute qu'une telle opinion est sans fondement juridique, d'autant plus qu'il est reproché souvent au législateur de promouvoir ses réformes sous le grief inexact de la rétroactivité, là où la technique n'a vu qu'une application normale de la loi nouvelle. Il n'en demeure pas moins que, l'effet frustratoire d'une certaine rétroactivité ayant été déterminant dans sa condamnation,

le concept a vu son contenu modifié, et l'on a taxé, comme l'a montré de Vareilles-Sommières, de rétroactives des lois qui atteignaient le sentiment de la justice d'une fraction de l'opinion publique. Cet aspect psychologique et moral de la notion de rétroactivité dont l'expression effective se conçoit, encore qu'elle paraisse redoutable, sur le seul plan de la « Politique » a des conséquences graves, lorsqu'elle a été transposée dans le domaine de la technique, mais dans des termes intraduisibles efficacement en langage juridique.

L'équivoque a été telle qu'on a pu se demander si la règle de l'article 2 était à sa place dans le Code civil, s'il n'y avait pas là, même pour le juge, un impératif d'ordre moral, auquel il devait, certes, se soumettre, mais étranger au domaine de la technique (1).

L'échec de la théorie classique des droits acquis a été la conséquence de cette transposition impraticable à l'état « brut », de la règle morale à la règle juridique.

Elle contenait néanmoins en germe tous les éléments de la solution du conflit. Tout d'abord, le recours à la localisation dans le cours de la durée des faits ou éléments de situations juridiques. Le principe de non-rétroactivité transcrit en terme juridique exprime, en effet, que la loi nouvelle ne saurait s'appliquer à un fait passé. L'expression est la même lorsqu'on ne considère plus le fait isolé, mais une situation juridique déterminée. En effet, s'il s'agit de considérer, à l'époque de la loi nouvelle, les conditions de son existence, de sa constitution, on ne peut que se référer à la loi en vigueur au moment où la situation est parvenue à la vie juridique. S'il s'agit d'apprécier les effets de ces situations, pour déterminer s'ils ont pu se produire et quelles conséquences ils ont entraînées lors de leur survenance, l'article 2 commande toujours de se référer à la loi en vigueur au moment où ils se sont passés. La recherche du moment de leur survenance constitue une véritable localisation des éléments du contenu sur le cours de la durée. Elle s'exprime dans la forme de l'actualisation, c'est-à-dire qu'elle est déterminée par le passage du possible au réalisé. Jusqu'ici la solution du conflit ne présente pas de difficultés considérables. C'est lorsqu'il va s'agir de définir la loi applicable aux effets non encore produits, aux éléments non encore actualisés du contenu des situations, que la détermination de la loi compétente est plus délicate. Les activités humaines sont, en effet, difficilement réductibles par l'analyse à des éléments séparés et autonomes et dans toute situation juridique en cours, la distinction sera difficile entre ce qui se rattache indissolublement au passé, au

(1) Cf. les dernières pages de la thèse de M. RÉVERAND (Paris, 1907). Cf. dans une certaine mesure, DEMOLOMBE, T. I^{er}, n° 38 ; et même PLANIOL, T. I^{er}, n° 239, p. 95.

point que c'est rétroagir que d'appliquer aujourd'hui au fait présent la loi nouvelle. Une première distinction conduit à rechercher ce qui, dans l'examen d'une situation antérieure, relève des conditions extérieures de son appréciation, par exemple du régime de la procédure ou du mode d'exercice des droits : ces éléments constituent une situation juridique connexe dont le contenu n'influe pas sur celui de la situation ancienne, et qui est normalement soumise à la loi en vigueur (2).

Devant, ensuite, une situation proprement en cours, la localisation est à nouveau utilisée pour le rattachement des éléments non encore actualisés à un régime juridique déterminé. L'analyse de l'élément ne permet pas elle-même de définir le rattachement convenable parmi la pluralité des rattachements concevables. La localisation fait alors appel à l'analyse téléologique pour rechercher, par-delà les localisations des éléments concrets des situations, à quel moment se situent les intérêts des sujets de droit à ces situations. Par-delà la distinction traditionnelle entre situations légales et situations contractuelles, nous avons proposé de distinguer les situations à opposabilité absolue ou situations non autonomes, dont le contenu non actualisé est soumis à la loi nouvelle, des situations autonomes; celles-ci sont caractérisées par la prédétermination des personnes à ces situations, prises en leur qualité originelle, et par la limitation de ses effets dans le temps à ces personnes; leur contenu non actualisé est soumis à la loi d'origine, sauf l'intention contraire des parties, dans la mesure où la prise en considération, lors de la formation du contrat, de la loi nouvelle ne constitue pas une condition illicite, au regard de la loi ancienne, toujours compétente pour la constitution de la situation autonome (3).

La loi ancienne continue donc à régir le contenu des situations autonomes. Toutefois, il faut préciser que leur qualification se fait au moment de la question transitoire, ce qui justifie l'application de la loi nouvelle si l'analyse conduit à y voir des situations non autonomes, en dépit de leur caractère contractuel. De plus, la loi nouvelle sera également applicable si la loi ancienne rejette la compétence qui lui est déférée par la règle de conflit en vigueur.

Enfin, la formulation de la règle de non-rétroactivité n'interdit pas, si l'application de la loi ancienne s'avère impossible, d'écarter le système de conflit au nom de l'ordre public, et de promouvoir la règle

(2) Il n'est d'ailleurs pas méconnu qu'une modification des lois de procédure ne puisse entraîner le caractère de situation en cours à de telles hypothèses et faire naître à leur propos un conflit propre qui se résout suivant la méthode habituelle de l'application de la loi ancienne aux faits localisés sous son empire. Cf. *supra*, pp. 200-201.

(3) Cf. *supra*, p. 230.

substantielle subsidiairement compétente, c'est-à-dire la « *lex temporis* », ou loi nouvelle.

Ainsi peut être constituée en système la théorie générale des conflits dans le temps ou de la non-rétroactivité des lois. La règle de conflit a été élaborée à partir d'hypothèses relevant du droit privé. L'objet du droit transitoire sera d'en préciser les applications aux différentes branches des disciplines juridiques, compte tenu des dispositions transitoires spéciales qui ont pu en accentuer le particularisme. A ce propos du droit transitoire spécial, on reviendra sur la question de la politique transitoire, notamment dans la mesure où elle peut être le reflet de la technique du conflit. Les rapports de la politique et de la technique transitoire ont rappelé, par ailleurs, la signification méthodologique que pouvait suggérer la présente étude. Nous terminerons donc en recherchant brièvement quelle peut être la portée du système général de conflit sur les différentes branches du droit, sur la politique transitoire, et sur la théorie générale du droit.

§ I^{er}. — APPLICATION DU SYSTEME GENERAL DE CONFLIT AUX DIFFERENTES BRANCHES DU DROIT

175. — Dans le cadre même du droit privé, la portée de la théorie générale de la non-rétroactivité des lois doit être envisagée en fonction du particularisme de chaque institution. La distinction que nous proposons des situations autonomes et des situations non autonomes ne correspond pas à une division habituelle du droit privé, puisque ces catégories sont très précisément dégagées pour le droit transitoire, encore qu'elles recouvrent partiellement l'opposition entre le droit des contrats et le reste du droit privé. (Nous avons vu, en effet, que la qualification contractuelle d'une situation n'entraîne pas à tout coup l'application de la loi d'origine.) L'étude des différentes institutions peut néanmoins être reprise, tout d'abord en raison de ce que la distinction propre au droit transitoire que nous proposons se situe à un stade déjà avancé du processus du conflit, en ce que, en second lieu, chaque situation, correspondant aux diverses institutions du droit privé, est justiciable de procédés de constitution différents, pouvant donner lieu à des analyses transitoires originales.

Certaines disciplines du droit privé sont, par ailleurs, fortement influencées soit par les techniques du droit public, soit par la substance même de leur objet.

L'organisation professionnelle, qu'elle relève du Droit commercial, du Droit du travail, ou d'un Droit professionnel autonome, est à la limite du Droit privé et du Droit public : on a même songé à

une dénomination « Droit mixte » (4) de l'ensemble des questions qui y sont relatives.

Certaines institutions, qui relèvent traditionnellement du droit civil, tel que le droit de propriété, suggèrent parfois, pour leurs mises en œuvre, l'intervention d'un service public, qui les situent également dans la catégorie du Droit mixte : on songera par exemple ici, au Droit de la propriété industrielle (5).

On a vu, par ailleurs, à propos du contrat de travail, combien la substance même de l'objet d'une branche du droit était de nature à influencer la localisation par qualification du rapport de droit considéré.

Par-delà le Droit privé, on devrait retrouver une vocation identique du système général à régir les transitions législatives.

Le principe de non-rétroactivité se retrouve en Droit pénal (6). Il est absorbé et exprimé, dans le Code pénal français, par le principe de légalité des délits et des peines. Néanmoins, la technique du droit transitoire se retrouve dans la mise en œuvre de l'article 4 (7).

C'est ici qu'il convient de distinguer les lois nouvelles se référant à des incriminations des lois édictant des modes de preuve ou des procédures nouvelles (7 bis).

Les lois nouvelles relatives à la preuve s'appliquent aux éléments de situations anciennes déjà localisés sous l'empire de la loi ancienne, puisqu'il s'agit, avons-nous vu, d'une situation nouvelle connexe à la situation ancienne. La loi ancienne serait, en revanche, compétente, si la loi nouvelle édictait une preuve préconstituée, supposée réalisée avant la localisation du fait.

Les lois nouvelles relatives à la compétence et à la procédure proprement dites suivent en droit pénal, les solutions transitoires déjà exposées en droit privé.

Les lois de fond, c'est-à-dire celles prévoyant des incriminations et des peines, ne sont pas applicables aux faits antérieurs à leur promulgation. Nulle part, si ce n'est en droit pénal, ne s'est fait sentir, au nom de la sauvegarde des libertés individuelles, la nécessité de la règle de non-rétroactivité des lois. et s'il fallait reconnaître une valeur constitutionnelle à ce principe, c'est pour les lois pénales que cette

(4) Cf. ROUBIER, *Théorie générale*, pp. 304 et suiv., n° 35.

(5) L'état civil et le régime foncier évoquent depuis longtemps une telle qualification.

(6) C'est peut-être, en effet, en droit pénal que l'iniquité de l'effet rétroactif a paru la plus marquante, encore que l'impunité que le principe peut provoquer ait pu paraître quelque peu révoltante.

(7) Cf. ROUBIER, II, pp. 508 et suiv., n° 126 et suiv.; VITU, Thèse, précitée, *passim*; MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, pp. 29 et suiv.; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, p. 87, n° 87; GROUBERT, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité*, Thèse Paris, 1915.

(7 bis) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, *Précis de procédure pénale*, pp. 11 et suiv.

qualification s'imposerait avec le plus d'à-propos. Dans la mesure où les textes constitutionnels (le préambule de la Constitution de 1946 ou l'article 68 de la Constitution de 1958, par exemple), font allusion directement ou indirectement à la non-rétroactivité des lois, c'est toujours par référence au droit pénal. On insistera d'ailleurs sur la constatation que ce qui est déterminant en l'occurrence, c'est davantage la protection du principe de légalité que l'analyse transitoire de la loi pénale.

La nature particulière de la loi pénale est d'ailleurs telle qu'elle conduit à écarter parfois le jeu normal de la règle de conflit dans le temps.

En droit pénal, comme dans d'autres branches du droit, la règle de conflit ne permet pas qu'un fait passé soit qualifié par la loi nouvelle et entraîne pour les personnes parties à la situation ancienne, des conséquences qui n'existaient pas encore lorsque le fait générateur s'est produit. C'est ainsi qu'une loi nouvelle édictant des peines criminelles pour l'ancien délit d'escroquerie ne serait pas applicable aux faits constitutifs antérieurs. De même, la loi nouvelle qui a créé le délit de grivèlerie n'a pu être imputée à une filouterie d'aliments antérieure à sa promulgation. Cependant, si la règle de conflit interdit à la loi nouvelle de porter son effet sur des éléments actualisés d'une situation ancienne, elle permet à la norme innovatrice de saisir les situations de fait continues existantes à sa promulgation : c'est la raison pour laquelle les lois édictant des mesures de sûreté, en dehors de toute intention répressive de faits passés, sont applicables aux personnes se trouvant dans la situation requise par la loi, quand bien même cette situation se référerait à des faits passés. La question de qualification est ici très importante et suppose, pour éviter tout arbitraire, une exacte distinction entre la peine consécutive à un fait générateur déterminé, et la mesure de sûreté, applicable à un état dangereux continu. La distinction ne se réfère pas tant aux conditions d'exécution comparées de la peine et de la mesure de sûreté, qu'aux conditions légales d'application. On regrettera évidemment que la notion d'état dangereux ne présente pas des contours aussi décisifs que le fait constitutif du droit pénal classique : nul doute qu'ici le souci d'adaptation de la règle de droit aux cas les plus divers n'ait conduit à une imprécision génératrice d'arbitraire. Le reproche doit être adressé aux théoriciens du droit pénal nouveau ; le spécialiste des questions transitoires ne fait qu'appliquer la technique du conflit aux normes nouvelles de la Défense Sociale, la solution transitoire participe de l'imprécision des normes d'un droit pénal « déjuridicisé » : Qu'on nous permette simplement d'espérer que les appréciations concrètes des hommes se révèlent aussi efficaces dans l'avenir

que l'ont été, pour le passé, les mécanismes traditionnels, aujourd'hui décriés.

Tel est, en tout cas, le domaine de la règle de conflit en droit transitoire pénal. Il est une hypothèse particulière où la règle de conflit est écartée en vertu d'une règle transitoire substantielle propre au droit pénal, le principe de la rétroactivité « *in mitius* » (8).

Il s'agit de l'application aux faits passés de la loi pénale nouvelle prévoyant des peines plus douces que celles édictées par la loi pénale contemporaine du fait incriminé, et normalement applicable en vertu de la règle de conflit. Cette règle de conflit est ici écartée. La règle de la rétroactivité « *in mitius* » n'est pas une règle de conflit, mais une norme substantielle (9) : c'est la raison pour laquelle les tentatives destinées à justifier ce principe par une analyse transitoire nous semblent vouées à l'échec. M. Roubier, et surtout M. Vitu, ont mis l'accent sur la nature constitutive du jugement en droit pénal. La conséquence en est que la loi nouvelle atteindra la situation en cours de constitution, à condition de ne pas s'appliquer aux faits constitutifs antérieurs à la loi nouvelle. Comme le fait remarquer M. Roubier, de telles situations « qui se trouvent à cheval sur les deux législations doivent avoir satisfait successivement à chacune d'elles, et le résultat obtenu s'arrête toujours au niveau de celle des deux lois qui leur donne le moindre effet ». C'est ainsi qu'est justifiée, chez ces deux éminents auteurs, la rétroactivité « *in mitius* » des lois pénales. Cette construction ne nous satisfait pas. La notion de « moindre effet » qui s'attacherait à la loi pénale plus douce nous semble assez imprécise; en tout cas, rien ne semble justifier, *a priori*, dans la nature du « moindre effet », ce qui constitue incontestablement une rétroactivité de la loi nouvelle.

En second lieu, nous plaçant du seul point de vue du droit pénal, il est loin d'être acquis que le jugement pénal soit constitutif de droit. Les travaux du professeur Merle ont dégagé une construction différente à partir d'une analyse nouvelle de l'acte déclaratif (10). Il semble ici qu'il soit excessif de prétendre la situation pénale

(8) Cette règle n'est pas de droit écrit dans la législation pénale française : sa nature est coutumière, et son caractère obligatoire n'est absolument pas discuté. Cf. pour une formulation explicite de cette règle transitoire substantielle, l'article 2 du Code pénal de la R.F.S.S.R. (U.R.S.S.); article de R. BELLON, *Rev. sc. crim.*, 1958.606.

(9) C'est une norme substantielle en ce qu'elle subordonne l'application d'une peine à un fait réprimé par la loi ancienne, à la condition que la loi nouvelle ne prévoie pas une sanction plus douce.

(10) Cf. MERLE, *op. cit.*, p. 33, qui critique fort justement, selon nous, la thèse de M. VITU, et ne semble pas pour autant prendre parti d'une manière décisive pour l'explication traditionnelle, ce qui laisse à penser que M. MERLE n'est pas loin d'aboutir à une solution voisine de celle proposée ici.

constituée par le seul jugement pénal, alors que des qualifications légales sont applicables dès que les éléments constitutifs ont été réunis.

On ne peut justifier en réalité la rétroactivité « *in mitius* » qu'en faisant appel à des notions étrangères au droit transitoire, telle la difficulté d'appliquer une peine sévère à des infractions qui ne justifient plus, au moment de son application, des conséquences aussi graves. Ces idées ont été, certes, dégagées depuis longtemps par la doctrine classique. Elles ne peuvent toutefois trouver place dans un système de droit pénal transitoire qu'à condition qu'on ait rappelé le caractère de norme substantielle, étrangère à toute notion de conflit transitoire, de la rétroactivité « *in mitius* ». La règle de conflit transitoire est donc, en principe, applicable en droit pénal, dès lors qu'on a pris soin de déterminer le domaine matériel d'application de la loi pénale édictant des peines plus douces que l'ancienne : ce dernier point soulève des difficultés propres au droit pénal transitoire sur lesquelles nous n'insistons pas ici (11).

Le droit public proprement dit, en dépit de son particularisme indiscutable, ne justifie pas d'un autre système général de conflit que celui dégagé dans le présent travail, contrairement à ce que pensaient les théoriciens des droits acquis (12). Il ne fait pas de doute, et c'est là un de ses moindres torts, que la théorie des droits acquis ne peut être transposée en droit public, où, précisément, on proclame qu'il n'y a pas de droit acquis à l'encontre de l'intérêt public (13).

Une rétroactivité des lois à l'encontre des situations relevant du Droit public est néanmoins concevable en dehors de toute idée de droit acquis, et doit être combattue de ce fait. C'est ainsi qu'une loi nouvelle ne pourrait, sauf prescription impérative, revenir sur les conditions d'accès à une fonction publique. C'est ainsi que les lois ratifiant les irrégularités commises à l'occasion d'un concours, ont été expressément déclarées applicables antérieurement à leur promulgation (14).

(11) On renverra sur ce point aux ouvrages précités.

(12) Cf. LAURENT, *op. cit.*, I, n° 160; *id.*, Cass. civ., 23 mars 1876, S. 26.I.22, D. 76.I.204; Cass. Req., 2 déc. 1925, DH. 1925.33.

(13) On signalera toutefois à titre d'exception les garanties accordées par le pays annexant au territoire annexé qui peuvent comprendre les droits acquis sous l'empire de l'ancienne législation. Cf. TROTABAS, *Le droit public dans l'annexion et le respect des droits acquis*, Thèse Paris, 1921. Cf. discussion par M. ROUBIER, II, pp. 465 et suiv. Il s'agit ici de dispositions transitoires spéciales.

(14) Même si on estime que dans ces hypothèses on se trouve hors du domaine du conflit de lois, l'analogie demeure entre D.I.P. et droit transitoire : l'atteinte au passé ne rappelle-t-elle pas l'atteinte à la souveraineté que constituerait l'application hors du territoire national d'une loi de droit public.

En revanche, il n'est pas oublié que la nature particulière du Droit public ne soit de nature à modifier les localisations par qualification. C'est ainsi qu'on pourra concevoir l'application de la loi nouvelle au contenu non actualisé du contrat de Droit public. On sait d'ailleurs qu'ici la modification unilatérale du contrat est admise dans une très large mesure. L'intervention de la Puissance publique, prise en sa qualité, modifie considérablement les rapports considérés, quand bien même le vêtement juridique serait emprunté aux disciplines du Droit privé.

Il n'en demeure pas moins que même sur le terrain du Droit public, il soit souhaitable que la non-rétroactivité devienne la ligne de conduite du prince (15). Nous sommes ici à la limite du Politique et du Technique : nous entendons précisément démontrer à présent qu'en règle générale, sur le terrain de la seule opportunité politique, l'adoption de la technique du conflit doit être envisagée très favorablement.

§ 2. — INFLUENCES RECIPROQUES DU SYSTEME GENERAL DE CONFLIT ET DE LA POLITIQUE TRANSITOIRE

176. — Il a été utile, pour connaître l'esprit du règlement de conflit des lois dans le temps à l'époque ancienne, d'avoir recours à des textes transitoires spéciaux, dispositions de conflit particulières et dispositions de transition.

Il est certain que l'expression de la non-rétroactivité des lois est délicate dans sa formulation technique. Le principe étant admis, il a paru plus aisé d'en fournir des applications à des cas particuliers que l'exprimer techniquement dans une règle générale de conflit.

Nous voudrions insister sur le fait que la règle générale de conflit répond à une finalité qui n'est pas étrangère, tant s'en faut, à la démarche que doit suivre le législateur lorsqu'il entend insérer des dispositions transitoires dans les lois qu'il fait promulguer.

Tout d'abord, on remarquera que l'insertion des dispositions transitoires spéciales sera utile, en dehors de toute rétroactivité voulue aussi longtemps que la règle de conflit ne trouvera pas son expression complète et définitive dans un texte légal. Tant que le système général de conflit reste du domaine du travail d'interprétation, son contenu ne

(15) Cf. BLANCHER, *Chronique in Rev. trim. droit com.*, 1956, p. 767; LAURENT, note in *Rev. Sociétés*, 1956, p. 163. L'Administration ne peut faire de règlement rétroactif que sur l'autorisation expresse de la loi. Cf. O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Thèse Toulouse, 1954; C.E., 7 fév. 1958, *Gaz. Pal.*, 23 avril 1958; *Rev. trim. droit civ.*, 1958.287, note HÉBRAUD.

s'impose pas avec une rigueur telle qu'elle justifierait l'inaction du législateur à propos de l'application dans de temps de telle loi particulière. Notamment, l'intervention du législateur au titre transitoire, est souhaitable pour toutes les lois relatives au régime du contrat aussi longtemps qu'on ne se sera pas mis d'accord sur les hypothèses où la loi nouvelle s'applique au contrat et celles qui demeurent régies par la loi ancienne (16).

177. — Réciproquement, il est souhaitable que le législateur, dans l'insertion des clauses transitoires, tienne compte de la technique du conflit dans le temps, que cela soit dans son vocabulaire, dans ses méthodes, dans ses résultats.

Si le législateur n'a pas eu l'intention de porter l'efficacité de son œuvre en deçà du jour de sa naissance, il est prudent d'éviter, par un vocabulaire inhabituel ou le rappel d'une solution aujourd'hui dépassée de la technique de conflit, d'introduire une certaine équivoque dans l'application dans le temps de la loi nouvelle. On a vu la loi d'introduction de la législation française, dans les territoires recouverts d'Alsace-Lorraine, faire ainsi allusion à l'application de la loi allemande aux instances engagées antérieurement, alors que si la loi ancienne est bien effectivement applicable, c'est en vertu d'une toute autre localisation (17).

Mais bien au-delà de la formulation technique du système de conflit, celui-ci reflète la considération d'un ensemble de valeurs dont le législateur peut s'inspirer dans ses dispositions transitoires. Le souci de ménager les transitions entre les législations successives doit se retrouver dans la politique transitoire particulière, comme il est au départ de l'élaboration de la règle de conflit dans le temps. Il exprime sur le plan de l'action la nécessité, exigée par la justice, du compromis de l'ordre et du progrès.

(16) La disposition du projet de réforme du Code civil excluant le jeu de l'exception de l'ordre public, en dehors des cas expressément prévus par le législateur, est parfaitement valable et tend précisément sur ce point à réduire le champ de l'indéterminé. Nous persistons toutefois à penser que l'hypothèse de l'ordre public pouvait être conservée à condition d'être restreinte au cas de l'impossibilité constatée de l'application de la loi ancienne. A défaut de cet « exutoire » pourtant admis en droit interne comme en droit spatial, le problème de l'intolérance sera néanmoins résolu, mais au prix d'une qualification non contractuelle d'une situation qui en avait pourtant toutes les caractéristiques ou d'une localisation inexacte. Quant à la possibilité d'une application implicitement voulue de la loi nouvelle au contrat en cours, elle recouvre, il est vrai, une partie des hypothèses de l'exception d'ordre public, mais sans la garantie que présente, selon notre opinion, la distinction du jeu de l'ordre public et de la qualification *lege temporis*. A la réflexion, il ne semble pas que le projet ait restreint autant qu'il était possible « le cercle de l'indéterminé ».

(17) Cf. *supra*, pp. 52 et suiv.

Plus encore que pour l'élaboration de la règle de conflit, les pouvoirs détenus par le législateur transitoire lui permettent d'adapter à ces fins chaque cas particulier d'application de la loi nouvelle. C'est ici que se justifie l'action transitoire du législateur particulier. Elle dépasse très largement, par les solutions d'opportunité que le cas individuel suscite, les possibilités de la règle de conflit liée à son apriorisme nécessaire qui connaît une finalité identique, mais envisagée sur un plan plus général.

L'aspect méthodologique de la portée du système général de conflit permettra d'insister sur cette constatation.

§ 3. — INCIDENCES DU SYSTEME GENERAL DU CONFLIT TRANSITOIRE SUR LA THEORIE GENERALE DU DROIT

178. — L'élaboration de la règle de conflit nous a montré la mesure de l'utilisation des fins poursuivies en regard de la « praticabilité de la règle de droit ». Il y a un hiatus entre l'explication d'un résultat donné par des moyens tirés de la considération du but poursuivi, de politique juridique, de psychologie, de sociologie ou d'économie, et l'utilisation inverse de ces moyens comme critère de solution.

Pour une prévisibilité minimale des solutions, destinés à éclairer les conduites sociales, seule la règle juridique, en simplifiant, donc en déformant, rend compte par sa technique propre, c'est-à-dire souvent à l'aide de l'artifice, parfois à l'aide de ce mensonge qu'est la fiction, de ce qui est exigé du Droit : poser des règles de conduite aux hommes vivant en société. La tâche du juriste réside dans le maintien de cet équilibre entre les fondements véritables du comportement humain et l'efficacité des critères d'application pratique des règles préalables répondant aux fins supérieures poursuivies (18).

Et toute la difficulté vient, semble-t-il, qu'en regard de la fixité relative de l'expression juridique de la règle, il rencontre une flexibilité du support métajuridique.

Le désaccord apparaît tout d'abord lorsqu'une solution à un cas particulier, conformément à la règle, heurte le sentiment de la justice ou de l'opportunité, exprimée par la même fin morale ou économique qui justifie la règle, mais dans une formulation beaucoup plus vague qui permet des accommodements qu'on ne conçoit au point de vue

(18) Cf. BATIFFOL, *Traité*, p. 417, n° 359 : « ...même en acceptant la notion de droit naturel, il faut reconnaître que la sûreté des déductions qu'on tire des principes les mieux acceptés diminue au fur et à mesure qu'on aborde des matières plus particulières, en liaison moins étroite avec la nature humaine permanente, qu'avec des conditions sociales liées au temps et à l'espace. »

juridique qu'au prix d'une dénaturation de la règle et du vocabulaire. Plus grave est ensuite la différenciation qui naît des modifications du contenu métajuridique en regard d'une formule juridique relativement immuable. La solution du problème posé à un moment donné conformément à la règle juridique ne répond plus aux fins nouvellement dégagées. Il ne reste plus, ici, à l'autorité politique, qu'à modifier l'expression de sa règle ou, à défaut, à l'interprète de fournir une explication, quelque peu « sollicitée », en vue de l'action immédiate, de la règle devenue inadéquate. Il semble que les systèmes généraux de conflit dans le temps et dans l'espace répondent assez bien à cette double perspective « entre terre et ciel » qui caractérise la position du juriste (19).

L'exception d'ordre public permet d'éviter l'application d'une norme substantielle que l'ensemble du milieu repousse. Le jeu des qualifications « *lege temporis vel fori* » permet de tenir compte au temps et au lieu où la question se pose, des modifications des fins poursuivies, tant sur le terrain moral que sur celui de la pratique. L'exclusion de la qualification « *lege temporis vel fori* » dans les hypothèses où la localisation est naturelle, sauvegarde le principe essentiel d'ordre auquel répond la non-rétroactivité des lois.

La prévisibilité exigée de la règle juridique demeure donc, sans que les nécessités de l'action soient pour autant sacrifiées.

179. — Cette prévisibilité de la règle juridique (20) permet de mettre l'accent sur le caractère *a priori* des normes de droit, quand bien même ce ne serait qu'au prix d'une fiction, par l'« invention » *a posteriori* de la règle appliquée au cas d'espèce. La règle de droit est toujours présumée exister avant la solution qui la consacre et son efficacité, à propos du cas particulier qui en profite, postule que son ignorance ne puisse être excipée. C'est ce qu'exprime l'adage « *nemo jus ignorare censetur* ». Il ne peut se concevoir néanmoins que dans

(19) « Le fait normatif, écrit M. R. TOULEMONT, est un composé de raison et d'efficiencia naissant dans une collectivité active et créatrice de droit » (*Sociologie et pluralisme dialectique*, introduction à l'œuvre de G. GURVITCH).

(20) Par prévisibilité, on entend l'aptitude de la règle à résoudre les difficultés qui naissent de besoins qu'elle satisfait, quand bien même elles n'auraient pas été prévues expressément, ni même susceptibles d'être prévues. On n'entend nullement ici qu'une règle, qui jouisse d'une telle qualité, se caractérise par l'énumération aussi complète que possible des solutions particulières que son application peut entraîner. Il n'est d'ailleurs pas nié que l'interprétation ne puisse conduire à des solutions particulières que ne pouvaient prévoir les auteurs de la règle. Cela n'en est pas moins un artifice nécessaire d'en faire remonter l'origine à la naissance de la règle. La fiction consiste ici à confondre, conformément à la fonction du droit, les ordres de l'existence et de la connaissance du droit, nonobstant une réalité contraire.

une perspective statique de l'ordre juridique. Nous savons que l'immutabilité des règles de droit est relative.

Le règlement de conflit justifie la solution de la non-rétroactivité en ce que la loi ne peut être connue avant d'exister, ce qui entraîne son absence d'efficacité sur toute la période antérieure à sa promulgation.

En reportant l'effet de la loi dans le passé, la rétroactivité fait apparaître la différenciation des ordres de l'existence et de la connaissance des normes juridiques habituellement confondus.

Ceci démontre tout ce que la rétroactivité peut avoir d'antijuridique en méconnaissant le caractère de science pour l'action qui caractérise le Droit (21). Mais les exigences de cette fonction du Droit peuvent conduire à dépasser cette constatation et à justifier l'opinion contraire au nom des mêmes exigences de la « *praxis* ». Il y a là, certes, une contradiction dont l'évidence ne nous échappe pas. Ce que nous pensons, et ceci vaut pour toutes les contradictions que l'on relèvera dans le domaine juridique (22), c'est qu'elles tiennent à notre logique humaine, à nos formes de pensées traditionnelles, qui n'introduisent le vivant dans les cadres de notre entendement, qu'en déformant, et conduisent ainsi à des oppositions particulières (23). L'harmonie est dans une vue d'ensemble qui ne méconnaît pas les contradictions du « Multiple » mais qui, à l'instar de Platon, sait les résoudre dans l'« Un ». « Chaque loi, chaque institution a ses traits propres et comme son alvéole dans le système du droit : elle répond à des besoins particuliers, elle soulève des difficultés particulières. Mais elle appartient au vaste système : elle doit son existence à un appareil minutieux de création, elle prend place dans les réseaux du temps et de l'espace, du droit et de la science; elle participe en quelque manière à toute la vie de la société » (24).

(21) La rétroactivité n'est d'ailleurs pas justifiée dans le domaine affectif, comme l'exprime une très jolie page de MAILHER de CHASSAT (I, p. 122) : « L'homme qui n'occupe qu'un point dans le temps comme dans l'espace serait un être bien malheureux s'il ne pouvait pas se croire en sûreté, même pour sa vie passée; pour cette portion de son existence n'a-t-il pas déjà porté tout le poids de sa destinée ? Le passé peut laisser des regrets, mais il termine toutes les incertitudes. Dans l'ordre de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir, et encore l'incertitude est alors adoucie par l'espérance, cette compagne fidèle de notre faiblesse. Ce serait empirer la triste condition de l'humanité que de vouloir changer, par le système de la législation, le système de la nature et de chercher, pour un temps qui n'est plus, à faire revivre nos craintes, sans pouvoir nous rendre nos espérances. »

(22) La morale ne les évite qu'au prix d'une casuistique, dont l'extension au droit n'est pas souhaitable, encore que plus d'une fois tentée.

(23) « En vain nous poussons le vivant dans tel ou tel de nos cadres » (BERGSON, *Evolution créatrice*, Introduction, p. VI).

(24) LE BRAS, *Prolégomènes*, p. 14.

Vu,
Le Président de la Thèse :
H. BATIFFOL.

Vu,
Le Doyen de la Faculté,
Membre de l'Institut :
J. HAMEL.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Président du Conseil de l'Université,
Membre de l'Institut :
J. SARRAILH.

BIBLIOGRAPHIE

- AFFOLTER** : *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, Leipzig, 1902.
 — *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrecht*, Leipzig, 1903.
- AMIEUX** : Article in *Annales droit commercial*, 1931, p. 57.
- AMORTH** : « Leggi interpretative », *Riv. trim. di dir. pub.*, 1958.62.
- ANCEL** : Note sous Cass. civ., I, 20 juin 1955, J.C.P., 1955.2.8836.
- AUBRY et RAU** : *Cours de droit civil français*, 6^e éd., par BARTIN et ESMEIN, T. I^{er}, 1936 (cité **AUBRY et RAU**).
- AYMOND** : Note sous Cass. civ., 26 janv. 1953, J.C.P., 1954.8087.
 — Note sous C. appel Paris, 5 nov. 1955, J.C.P., 1956.9065.
- BARTIN** : « Doctrine des qualifications », *Recueil des cours de La Haye*, 1930.I.569.
 — Article au *Clunet*, 1897, p. 225.
- BASTIAN** : Note sous C. appel Lyon, 7 nov. 1955, in J.C.P., 1956.9170.
- BASTID** (Mme S.) : Article in *Revue critique D.I.P.*, 1956, p. 607.
- BATIFFOL** : *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938 (cité : **BATIFFOL, Contrats**).
 — « Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à G. Ripert* T. I^{er}, p. 292, Paris, 1950 (cité : **BATIFFOL, Mélanges Ripert**).
 — *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^e éd., Paris, 1955 (cité : **BATIFFOL, Traité**). ⁽¹⁾
 — *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956 (cité : *Aspects philosophiques*).
 — Note sous C. appel Montpellier, 28 juill. 1942, S., 1943.2.193.
 — Note sous Cass., 18 nov. 1950 (2 arrêts), S., 1951.I.193.
 — Note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1955, in *Rev. crit. D.I.P.*, 1955.723.
 — Note sous C. appel Paris, 18 mars 1955, in *Rev. crit. D.I.P.*, 1955.116.
- H.B.** : Note sous C. appel Paris, 5 nov. 1955, *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.43.
- BAUDOIN** : Conclusions sous Cass. civ., 8 fév. 1904, D., 1904.I.177.
- BERGER** (A.) : « Ex post facto, in Roman Sources », in *Seminar. An annual extraordinary number of The Jurist*, 7, p. 63, Washington, 1949.
- BERGMANN** : *Das Verbot der wirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht*, Hannover, 1818.
- BLANCHER** : Chron. in *Rev. trim. droit commercial*, 1956.762.
- BLONDEAU** : « Essai sur ce que l'on appelle l'effet rétroactif des lois », S., 1809.2.277.
- BONNECASE** : Supplément au *Traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE, T. II, Paris, 1925.
- BOULBES** : Note sous Cass. civ., 26 janv. 1953, DS., 1955.769.
- BOULUD** : Note au S., 1939.2.33.
- BRACHET** : Obs. sous Trib. civ. Bordeaux, 4 nov. 1953, in *Journal des Notaires*, 1954.600.

(1) Lorsque le présent travail était sous presses, est parue la 3^e édition du *Traité* de M. **BATIFFOL**.

- BRUN : *De la rétroactivité en matière de nationalité*, Paris, 1904.
- BULTE : Note sous C. appel Lyon, 31 déc. 1947, S., 1948.2.165.
- CARBONNIER : Obs. in *Rev. trim. droit civ.*, 1950.369.
- Note au DC., 1943.101.
- « Etudes de psychologie juridique », *Annales de l'Université de Poitiers*, 1949, p. 29.
- *Droit civil* (2 tomes parus), in Collection Thémis, Manuels juridiques, etc., Paris, 1955-57 (cité CARBONNIER, *Manuel*).
- CAVAROC : Note au J.C.P., 1949.4920.
- Note au J.C.P., 1951.5997.
- Note au J.C.P., 1952.6944.
- CHABOT de l'ALLIER : *Questions transitoires sur le Code Napoléon* (3 volumes), Dijon, 1829.
- CHIRONI : *Della non retroattività della legge in materia civile*, Torino, 1885.
- COHN : *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Bâle, 1955.
- COLIN et CAPITANT : *Cours de droit français*, refondu par JULLIOT de la MORANDIÈRE (3 volumes), T. I^{er}, Paris, 1953 (cité : COLIN-CAPITANT, la MORANDIÈRE).
- COSTES : Note au S., 1943.2.1.
- CUVILLIER : *Manuel de sociologie* (2 volumes), Paris, 1954.
- DABIN : *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, 1929.
- *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles-Paris, 1935.
- DAVID (R.) : *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950.
- DAVID (R.) et HAZARD : *Le droit soviétique* (2 volumes), Paris, 1954.
- DELACOUR : *De la rétroactivité des lois en matière de compétence, procédure et preuve*, Paris, 1905.
- DEMOGUE : « Compte rendu de l'ouvrage de M. ROUBIER » (*Les conflits de lois dans le temps*), in *Rev. trim. de droit civil*, 1929.1044.
- DERRIDA : Note au J.C.P., 1956.9547.
- DESBOIS, Note au D., 1931.472.
- Note au DP., 1932.2.41.
- « Commentaire du décret-loi du 17 juin 1938 », D., 1938.4.356.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.72.
- Obs. in *Rev. trim. de droit civil*, 1956.702.
- Obs. in *Rev. trim. de droit civil*, 1956.320 et 325.
- DUGUIT : *Traité de droit constitutionnel* (5 volumes), Paris, 1921-1925 (cité : DUGUIT).
- Article in *Revue de droit public*, 1910.764.
- DUPONT : *L'application de la loi nouvelle aux contrats en cours*, Thèse Lille, 1944.
- DURAND (P.) : Note sous Cass. soc., 16 juin 1945, D., 1946.428.
- « Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail », J.C.P., 1944.382.
- « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », in *Rev. trim. de droit civil*, 1944.73.
- « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », in DS., 1956, doct. 75.
- ENNECCERUS, KIPP und WOLFF : *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 14^e éd., 1952, T. I^{er}, par NIPPERDEY (cité : NIPPERDEY).
- FLOUR : Note sous Cass. Req., 5 mai 1943, note du DC., 1944.109.
- FRANCESKAKIS : *Le renvoi*, Paris, 1958.
- FRÉJAVILLE : Note au DP., 1932.2.41.
- FREYRIA : Article in *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.409.
- GABBA : *Teoria della retroattività delle leggi* (4 volumes), Turin, 3^e éd., 1891 (cité : GABBA).
- GAVALDA : *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Thèse Paris, 1953.
- GENKIN, BRATUS, LUNZ et NOWIZKY : Traduction allemande officielle du ministère de la Justice d'U.R.S.S., *Sowjetisches Zivilrecht*, Berlin, 1953.

- GÉNY : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (2 volumes), Paris, rééd., 1954 (cité : GÉNY, *Méthodes d'interprétation*).
- *Science et technique en droit privé positif* (4 volumes), Paris, rééd., 1925.
- Note au S., 1931.I.282.
- GERVESIE : Note sous C. appel Lyon, 7 nov. 1955, DS., 1956.359.
- GIVORD : Chronique in J.C.P., 1956, D., 1293.
- GOLDMANN : Note sous Paris, 14 déc. 1953, *Clunet*, 1954.736.
- GOLDSCHMIDT : « Sistema y filosofía del derecho internacional privado » (résumé in *Rev. crit. D.I.P.*, 1955.639 et 1956.223).
- GOPPERT : « Das princip : Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, geschichtlich und dogmatik entwickelt, in *Ihering's Jahrbücher*, XXII (année 1882), p. 7.
- GRÉTÈRE : *La question de rétroactivité dans la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de la paternité naturelle*, Thèse Paris, 1919.
- GUILLOIS : *Recherches sur l'application dans le temps des lois et règlements*, Paris, 1912.
- HÉBRAUD : Obs. in *Rev. trim. de droit civil*, 1956.176.
- HERRESTORFF : *Über die rückwirkende Kraft der Gesetze*, Düsseldorf, 1812.
- HOUIN : Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.127.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.323.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.131.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.197.
- IHERING : *Geist des römischen Rechts*, traduction de MEULENAERE, *L'esprit du droit romain* (4 volumes), Paris, 1877-1878.
- J. G. L. : Article au J.C.P., 1949.4821.
- J. P. B. : Notes sous Cass. civ., 13 avril 1956, S., 1956.42, et 16 avril 1956, S., 1956.43.
- JAMBU-MERLIN : Article in *Rev. trim. de droit civil*, 1948.271.
- JAUFFRET : Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.416.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.248.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.721 et 1957.93.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.204.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.423.
- JÈZE : Articles in *Rev. droit public*, 1913.61 et 220; 1916, 16; 1924.157.
- *Principes généraux du droit administratif* (5 volumes), Paris, 1926-1936.
- JULLIOT de la MORANDIÈRE : « L'ordre public en droit privé interne », in *Mélanges Capitain*, p. 381.
- KELSEN : *Reine Rechts Theorie*, trad. THÉVENAZ, Neuchâtel, 1953.
- LALOU : Note au DP., 1932.2.150.
- LASSALLE (Fr.) : *Théorie systématique des droits acquis et des conflits de lois* (trad. franç. de *Das system der erworbene Rechte*), Paris, 1904.
- LAURENT : *Principes de droit civil français* (33 + 8 volumes), 1898-1903 (cité : LAURENT).
- LE BRAS : « Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident », publiée sous la direction de Gabriel LE BRAS, T. I^{er}, *Prolégomènes* (cité : LE BRAS, *Prolégomènes*).
- LECOMTE : Article in *Rev. crit. lég. et jurispr.*, 1931.584.
- LE PAVEC : Article in *Actualité juridique* (« Propriété immobilière »), 1955.I.82.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Précis de droit international privé*, 4^e éd., Paris, 1946. 6^e édit. 1958, par Y. LOUSSOUARN.
- LÉVY-BRUHL (H.) : *Aspects sociologiques du droit*, Paris, 1955.
- LEWALD : « Le contrôle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères », *Recueil des cours de La Haye*, 1936.III.
- LOUSSOUARN : Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1956.166.
- Obs. in *Rev. trim. de droit commercial*, 1955.800.
- Y. L. : Note *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.274.
- LOUSSOUARN et DAINOW : Note *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.467.
- LOUIS-LUCAS : Article in *Rev. crit. D.I.P.*, 1956.391 (colloque sur la codification du D.I.P.).
- MAILHER de CHASSAT : *Traité de la rétroactivité des lois* (2 volumes). Paris, 2^e éd., 1845 (cité : MAILHER de CHASSAT).

- MAKAROV : « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », *Rev. crit. D.I.P.*, 1955.431.
- MALAUURIE : *L'ordre public et le contrat. Etude de droit civil comparé France-Angleterre-U.R.S.S.*, Paris, 1953.
- MARION : Conclusions, *Rev. des loyers et de la propriété commerciale*, 1955.487.
- MARIN : *Essai sur l'application dans le temps des règles de conflits dans l'espace*, Thèse Paris, 1928.
- MARTY : Obs. in *Rev. crit. leg. et jurisp.*, 1931.393.
- MARTY et RAYNAUD : *Droit civil* (1 volume paru), Paris, 1956 (cité : MARTY et RAYNAUD).
- MAURY : *Règles générales des conflits de lois*, Paris, 1937.
- « La condition de la loi étrangère en droit français », *Travaux du comité français de D.I.P.*, 1948.52.97.
- MAUSS (R.) : Note DS., 1956.418.
- MAZEAUD (H., L. et J.) : *Leçons de droit civil* (2 volumes parus), Paris, 1955-56 (cité : H., L. et J. MAZEAUD).
- MERLE : *Manuel de droit pénal général complémentaire*, Paris, 1958.
- MERLIN : *Répertoire de jurisprudence*, V° Effet rétroactif, V° Lois, 4^e éd., 1828-1830 (cité : MERLIN).
- METZGER : Note in *Rev. crit.*, 1956.504.
- MEYER : *Principes sur les questions transitoires*, 2^e éd., par de PINTO, Leyde, 1858.
- MEYNNE : *Essai sur la rétroactivité des lois répressives*, Bruxelles, 1863.
- NAQUET : Note, S., 1911.I.241.
- NIBOYET : *Cours de droit international privé français*, Paris, 1949 (cité : NIBOYET, *Cours*).
- Note sous Cass. Req., 10 mai 1939, S., 1942.I.73.
- PACE : *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, Milan, 1944 (cité : PACE).
- PACCHIONI : *Diritto civile italiano*, vol. 1, 1937 (cité : PACCHIONI).
- PERREAU : Note au S., 1932.I.129.
- PETRONCELLI : *Il principio della non retroattività delle leggi in diritto canonico*, Milan, 1931.
- PIALLAT : *De la rétroactivité des lois sur les présomptions légales*, Paris, 1905.
- PHILONENKO : *Le renvoi en droit comparé*, Thèse Paris, 1934.
- POPOVILIEV : « Le droit civil transitoire ou intertemporel », in *Rev. trim. droit civil*, 1908.462.
- R.D. : Note au D., 1948.529.
- RÉVERAND : *Etude sur le principe de non-rétroactivité des lois en matière civile*, Thèse Paris, 1907.
- REYMOND : *Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité*. Thèse Paris, 1925.
- RIPERT : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946.
- RIPERT et BOULANGER : *Traité de droit civil*, d'après le *Traité* de PLANIOL (4 volumes), T. I^{er} (1956), T. II (1957) et T. III (1958) parus (cité : RIPERT et BOULANGER).
- RIVERO et J. SAVATIER : *Droit du travail*, Paris, 1956.
- ROLLAND : *Les conflits des lois dans le temps en matière de servitude légale*, Thèse Lyon, 1936.
- ROUST : Note au DS., 1956.148.
- ROUBIER : *Les conflits de lois dans le temps (théorie de la non-rétroactivité des lois)* (2 volumes), Paris, 1929-1933 (cité : ROUBIER) (1).
- « De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours », in *Rev. crit. leg. et jurisp.*, 1932.121.
- *Théorie générale du droit*, Paris, 1951.
- Chronique au J.C.P., 1943.I.326.
- Note au J.C.P., 1946.3052.

(1) L'éditeur de M. le doyen ROUBIER annonce la parution pour 1959 d'un *Droit transitoire*.

- Chronique au J.C.P., 1949.466.
- Note au J.C.P., 1949.5062.
- Note au J.C.P., 1950.5516.
- SARRUT : Conclusions sous Cass. civ., 24 juill. 1917, S., 1917.1.81.
- SAVATIER : Obs. in *Rev. trim. droit civil*, 1955.687.
- SAVICNY : *Traité de droit romain actuel*, trad. GUENOUX, Paris, 1860 (le T. VIII est cité : SAVICNY, VIII).
- SCHAFFHAUSER : Chronique in *Lois nouvelles*, 1936.37.
- SIBER : *Analogie und Rückwirkung im Strafrechte in Abhandlungen der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften in Leipzig. Philosophisch-historische Klasse* 43, 1936.
- SINAY (Mme H.) : Note au S., 1950.2.129.
- STEFANI et LEVASSEUR : *Précis de droit pénal général*, Paris, 1957.
- de SZASZY : « Les conflits de lois dans le temps », *Recueil des cours de La Haye*, 1934, T. XLVII.
- TESTE : *La rétroactivité des lois en matière d'état et de capacité*, Thèse Lyon, 1928.
- TRAVAUX COMMISSION DE RÉFORME DU CODE CIVIL : volume IV, années 1948-1949.
- TROTABAS : *Le droit public dans l'annexion et le respect des droits acquis*, Thèse Paris, 1921.
- VALETTE : *Une nouvelle interprétation de l'article 2 du Code civil*, Thèse Lyon, 1908.
- VALSON : *Maintien dans les lieux et droit de reprise*, Paris, 1954.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (de) : « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois », in *Rev. crit. lég. et jurisp.*, 1893, pp. 444 et suiv. et pp. 492 et suiv.
- VITU : *Les conflits de lois dans le temps en droit pénal*, Thèse Nancy, 1945.
- VOIRIN : Note au J.C.P., 1943.2.129.
 - Note au J.C.P., 1946.2.937.
 - Note au J.C.P., 1944.2529.
 - Note au J.C.P., 1946.2966.
- VOUIN et LEAUTE : *Manuel de droit pénal général*, Paris, 1957.
- WAHL : Note sous Cass. civ., 7 juin 1901, S., 1902.I.513.
- WEBER : *Über die Rückanwendung positiver Gesetze*, Hannover, 1811.
- X... : Chronique in S., 1956, Chron., 1.

TABLE ALPHABETIQUE DES AUTEURS CITES

— A —

AFFOLTER : 169, 210.
AUBRY et RAU : 70.

— B —

BARTIN : 176 (note 205), 243, 254, 300.
BASTID (Mme S.) : 158 (note 171).
BATIFFOL : plus particulièrement 102, 142, 144 (note 130), 147 (note 139), 150, 201, 213 (note 293), 218, 244 et suiv., 250 (note II), 272 et suiv., 278, 283, 288, 293, 300, 309, 325.
BERGMAN : 88.
BLONDEAU : 59.
BONNECASE : 86 et suiv., 210.
BOULANGER : 114.
BOUZAT : 189 (note 237).

— C —

CARBONNIER : 93, 104 (note 13), 139 (note 115), 228, 267, 311 (note 140).
CAVARROC : 272 et suiv.
CHABOT DE L'ALLIER : 65.
CHIRONI : 81.
CHRÉTIEN : 114.
COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : 93, 314.

— D —

DABIN : 153 (note 152), 239, 250 (note 10), 261, 275.
DAVID : 222.
DERRIDA : 276.
DESBOIS : 174 (note 201), 175 (note 202), 195, 277.
DUGUIT : 82 et suiv., 210.
DURAND : 213 (note 290), 259.

— F —

FLOUR : 272 (note 55), 310 (note 134).
FRÉJAVILLE : 200 (note 259).

— G —

GABBA : 69.
GAVALDA : 111, 113 et 114, 142, 250 (note 11).
GENY : 143, 294.

— H —

HEBRAUD : 168, 175 (note 204), 200 (note 259).
HOVIN : 172 (note 196).
HUC : 74.

— J —

JAUFFRET : 189 (note 236).
JÈZE : 82 et suiv., 210.
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : 309, 314.

— L —

LASSALLE : 62 et suiv.
LAURENT : 74, 239.
LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : 143 (note 127), 201 (note 264), 250 (note 11), 254, 259, 282, 284, 295 et 296, 311.
LOUIS-LUCAS : 309.
LOUSSOUARN : 142 (note 124).

— M —

MAILHER DE CHASSAT : 65 (note 140), 66, 76 et suiv., 116 et 117, 211 (note 282).
MALAURIE : 298 et suiv., 304, 309 et 310.

MANCINI : 300.
MARION : 267.
MARTY : 274 (note 60).
MARTY et RAYNAUD : 93, 217 et suiv.
MAURY : 114, 145, 254.
MAZEAUD (H.L. et J) : 93, 216, 314.
MERLE : 319 et suiv.
MERLIN : 31, 65.
MEYER : 65.

— N —

NIBOYET : 147 (note 139).

— P —

PACE : 94 et suiv.
PILLET : 204.

— R —

RAYNAUD : 121 (note 62).
RIPERT : 104 (note 17), 205 (note 270),
211, 213.
RIPERT et BOULANGER : 92, 128, 216 et
suiv.

ROUAST : 174 (note 201) et suiv.
ROUBIER : plus particulièrement 88 et
suiv., 108, 111, 122, 124, 128, 141, 169,
178, 201, 212 et suiv., 301, 319.

— S —

SAVATIER : 215 (note 297).
SAVIGNY : 63, 79, 104, 276, 311.
SOLUS : 313 (note 143).
STÉFANI et LEVASSEUR : 188 (note 234),
319 et 320.

— V —

VALETTE : 74.
VAREILLES-SOMMIÈRES : 72 et suiv., 81 et
suiv.
VITU : 178, 319 et suiv.
VOIRIN : 274 (note 60).

— W —

WALINE : 114.
WEBER : 88.

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

- ACCIDENTS DU TRAVAIL : 157 (note 168), 247 (note 7).
- ACTION PAULIENNE : 155 (note 162).
- ACTUALISATION : Voir *Localisation*.
- ACTUS PERFECTUS : 34 et suiv.
- ANALOGIE D.I.P. - Droit transitoire : 9, 45, 79, 90, 109 et suiv., 135, 148 et suiv., 197, 199, 204 et suiv., 219 et suiv., 226, 231, 243 et suiv., 277 et suiv., 286 et suiv.
- ASSAINISSEMENT DES PROFESSIONS COMMERCIALES : 189.
- ASSURANCES : 157 (note 168), 247.
- ATTENTES LÉGITIMES : Voir *droits acquis*.
- ATTRIBUTION PRÉFÉRENTIELLE : Voir *Partage*.
- BAUX : 165 et suiv., 185, 261 et suiv., 307 (note 129).
- BIENS (Classification des) : 207.
- CAPACITÉ : 80, 156 (note 168), 195, 204 et suiv.
- CAUSAE FINITAE : 32 et suiv., 56, 128, 154, 162 et suiv., 166 et suiv.
- CESSION DE CRÉANCE : 269 (note 50).
- CHANGEMENT DANS L'ÉTAT DE FAIT : 21 (note 4).
- CODE CIVIL ALLEMAND : 45 et suiv., 279.
- CODE CIVIL AUTRICHIEN : 53.
- CODES HELVÉTIQUES : 49.
- CODE NAPOLÉON : 42 et suiv.
- CONGÉS PAYÉS : 157 (note 168).
- CONSTITUTIONS (Règles de conflit à caractère constitutionnel) : 42, 145.
- CONTRATS : 37 et suiv., 41, 44, 65 (note 140), 89, 179, 184, 198, 208 et suiv., 247, 257 et suiv., 261 et suiv.
- CONVALESCENCE DES ACTES JURIDIQUES : 41.
- COUTUMES (conflits dans le temps) : 109 et suiv., 112.
- DÉLAIS : 57 (note 118).
- DÉLAI-CONGÉ : 257 et suiv.
- DEMANDE NOUVELLE : 174.
- DISCRIMINATIONS RACIALES OU RELIGIEUSES : 311.
- DIVORCE : 191.
- DOMMAGES DE GUERRE : 157 (note 168), 165, 176, 184.
- DROIT FISCAL : 27, 200 (note 257).
- DROIT NATUREL : 30 et suiv., 59, 103.
- DROIT PÉNAL : 144, 146, 319.
- DROIT PUBLIC : 201, 310, 319, 322.
- DROIT TRANSITOIRE SPÉCIAL : 17 (et note 1), 23, 28, 49 (et note 101), 144, 324.
- DROIT TRANSITOIRE SUBSTANTIEL : 23, 127 (note 79), 132 (note 95), 143 et suiv., 169 (note 194), 217, 234, 321 et 322.
- DROITS ACQUIS (théorie des...) : 32, 44, 51, 57 et suiv., 133, 322.
- DROIT AU MAINTIEN DANS LES LIEUX : 264 et suiv.
- DROITS D'AUTEUR : 194, 207 (note 275), 214.
- DROITS INNÉS : 32, 59, 72 et 73.
- DROITS RÉELS : 45, 206 et suiv., 214.
- EFFET IMMÉDIAT : 56, 70 et suiv., 89 et suiv., 169 et suiv.
- EFFET RÉTROACTIF : 22 et suiv., 34, 160 et suiv., 163 et suiv., 166 et suiv.
- EFFET RÉTROACTIF *in mitius* : 61 (note 127), 321.
- ESCLAVAGE : 311.
- ÉTAT DES PERSONNES : 53, 204 et suiv.
- EXPECTATIVES : Voir *Droits acquis*.
- FACTA PRAETERITA : 35, 81, 177.
- FAILLITE ET RÈGLEMENT JUDICIAIRE : 190, 197 (note 253), 275 et suiv.

- FICTION : 13, 239, 250 (note 10), 282.
 FILIATION : 174 et suiv., 188, 195 (note 245), 204, 277.
 FORMALITÉS : 26 et suiv., 35, 52, 230, 310.
 FRAUDE A LA LOI : 231.
 FRAUDE D'UN TIERS AUX DROITS DES PARTIES : 221 (note 311).
 HISTOIRE DU DROIT TRANSITOIRE : 18 et suiv.
 INDEXATION : 227, 312 et suiv.
 INSTANCES EN CAUSE D'APPEL (application de la loi nouvelle aux...) : 164, 173 et suiv.
 INSTANCES EN COURS (application de la loi nouvelle aux...) : 164, 173, 200 (note 259).
 INSTANCES PENDANTES DEVANT LA COUR DE CASSATION (application de la loi nouvelle aux...) : 164, 174.
 INSTANCES TERMINÉES : (Voir *Causae Finitae*).
 INTÉRÊTS : 38, 166, 207 (note 278), 227.
 INTRODUCTION DU DROIT FRANÇAIS EN ALSACE ET LORRAINE (Loi 1^{er} juin 1924) : 52.
 JURISPRUDENCES (conflit dans le temps) : 109 et suiv., 114 et suiv.
 LANDRECHT PRUSSIEN DE 1794 : 40 et suiv.
 LIBÉRALITÉS : 37, 155, 271 et suiv.
 LIBERTÉ : 62.
 LOCALISATION : 32 et suiv., 35, 44, 69, 75, 87, 147 et suiv., 176 et suiv., 192, 208 et suiv.
 LOCATION-GÉRANCE (du fonds de commerce) : 165, 189, 265 (note 39).
 LOI ANCIENNE (Problèmes soulevés par l'application de la) : 286 et suiv.
 LOIS CONFIRMATIVES : 127 (note 79), 132 (note 95), 144.
 LOIS DE PROCÉDURE : 200.
 LOIS DE TRANSITION : 144.
 LOIS INTERPRÉTATIVES : 28 et suiv., 42, 56, 127, 163.
 MARIAGE : 35.
 MÉTHODE : 9, 45, 138, 239, 325.
 MONNAIE : 312.
 MOYEN NOUVEAU : 174.
 NATIONALITÉ : 186.
 NOVATION : 269 (note 50), 279.
 OBLIGATION ALIMENTAIRE : Voir *Filiation, Obligations Légales*.
 OBLIGATIONS LÉGALES : 197 (note 253).
 ORDRE PUBLIC : 10, 30 et suiv., 49, 230, 266, 289, 298 et suiv.
 PACTE COMMISSOIRE : 37 et suiv.
 PARTAGE : 157 (note 168), 271.
 POLYGAMIE : 311.
 POLITIQUE TRANSITOIRE : 15 (note 33), 46, 322.
 PRESCRIPTION : 23, 57, (note 118), 186, 192.
 PRÉSOMPTIONS : 195, 275.
 PREUVES : 57 (note 118), 195, 275.
 PROFESSION : 189, 204, 259.
 PROJET DE RÉFORME DU CODE CIVIL : 55.
 QUALIFICATION (Voir *id.* Localisation) : 239, 243, 302.
 QUALIFICATIONS (conflit des...) : 243 et suiv.
 RAPPORT : Voir *Libéralités*.
 RÉGIMES MATRIMONIAUX : 194, 221, 274 (note 61).
 RÈGLE DE NON-RÉTROACTIVITÉ : 21 et suiv., 46, 49, 53, 58, 107, 135 et suiv., 289.
 RÈGLE THÉODOSIENNE : 21, 22 et 23.
 RENVOI : 277 et suiv., 281 et suiv.
 RÉPÉTITION DE L'INDU : 157 (note 168).
 RÉSERVE HÉRÉDITAIRE : 155, 274.
 RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE : 188, 196, 247.
 RESTITUTIO IN INTEGRUM : 25 et suiv., 163, 168.
 RÉTROACTIVITÉ : 1^o Effets (voir Effets rétroactifs) ; 2^o Clause : 44, 56, 121 et suiv., 163.
 RÉTROACTIVITÉ INNÉE : 125.
 RÉTROACTIVITÉ TACITE : 122.
 SÉCURITÉ SOCIALE : 183.
 SITUATION JURIDIQUE : 78 et suiv.
 SOCIÉTÉS : 41 (note 75 bis), 190, 195, 206, 221 (note 313), 266, 275.
 SOLIDARITÉ (Obligations) : 157 (note 168).
 SOUS-LOCATION : Voir *Baux, Droit au maintien dans les lieux*.
 SPOLIATION : 311.
 STIPULATION POUR AUTRUI : 233 (note 338).
 SUCCESSIONS : 41, 155, 187, 194, 271 et suiv.
 SURETÉS : 28, 157 (note 168), 184, 268.
 SURVIE DE LA LOI ANCIENNE : 44, 46, 49, 53, 68 et suiv., 86, 169 et suiv., 172, 279.
 SYSTÈME ET SYSTÉMATISATION : 11, 106.
 TEMPS : 2, 106, 110, 139, 242.
 TESTAMENT : 34 et suiv., 41, 187.
 USURE : 38, 266.
 VALEUR : 7.
 VÉRITÉ : 103 et 104, 288, 294.
 VOLONTÉ : 22, 62, 140.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

INTRODUCTION

1. Position du problème. Plan de l'introduction	1
§ 1. — <i>Le Temps et le Droit</i>	1
2. Quelques significations du mot temps. — 3. La règle de droit et les systèmes juridiques dans le temps. — 4. La notion d'ordre juridique. L'originalité de l'ordre juridique nouveau. — 5. Succession des lois dans le temps. Le problème du conflit. Aperçu de sa solution par le principe de non-rétroactivité.	
§ 2. — <i>Méthode</i>	9
6. Terminologie. Analogie entre le droit international privé et le droit transitoire. — 7. Nécessité d'une systématisation du conflit des lois dans le temps. — 8. La localisation dans le temps.	

CHAPITRE PREMIER

EVOLUTION DE LA PENSÉE JURIDIQUE EN MATIÈRE DE SYSTÉMATISATION DU CONFLIT DE LOIS DANS LE TEMPS	17
9. Sources.	
SECTION I. — <i>Contenu historique du règlement du conflit</i>	19
10. Grandes lignes de la solution du conflit.	
1° Le principe de non-rétroactivité	21
11. Textes. La règle théodosienne.	
2° L'exclusion du principe de non-rétroactivité	22
12. La règle théodosienne (suite). — 13. Rétroactivité et application différée : rétroactivité voulue pour des raisons morales. Textes. — 14. Textes (suite). — 15. Textes. Rétroactivité voulue pour des raisons techniques.	
3° La rétroactivité des lois interprétatives	28
16. Textes.	
4° L'intervention de l'ordre public	30
17. Motifs. Textes. — 18. Textes (suite).	
5° Manifestations d'un effort de localisation des rapports de droit	32

19. La notion de *causae finitae*. — 20. Textes. — 21. La notion d'*actus perfectus* et ses développements ultérieurs. — 22. Textes. — 23. Aspects négatifs de la soumission du contrat à la loi en vigueur lors de sa formation.

SECTION II. — *L'évolution des doctrines du conflit transitoire au cours de la période contemporaine* 40

24. Plan.

- § 1. — *Données positives du conflit* 40
25. Landrecht de Prusse. — 26. Textes de la période révolutionnaire. — 27. Code civil. — 28. Textes immédiatement postérieurs au Code Napoléon. — 29. Suite. — 30. Loi d'introduction au Code civil allemand. — 31. Droit fédéral helvétique. — 32. Loi du 1^{er} juin 1924 portant réintroduction des lois françaises en Alsace et Lorraine. — 33. Code civil autrichien. Divers textes législatifs. — 34. Projet de réforme du Code civil français.
- § 2. — *Les systèmes de conflit faisant appel à la théorie des droits acquis* 57
35. Tendances générales.
- A. — Confusion du respect dû aux droits acquis avec le principe de non-rétroactivité 58
36. Explications. — 37. Lassalle. — 38. Conséquences. — 39. Mise en œuvre de la théorie des droits acquis. A la recherche d'un critère.
- B. — La notion de droit acquis comme limite à l'application de principe de la loi ancienne ou de la loi nouvelle 67
40. Explications. Plan.
- 1^o La théorie des droits acquis comme limite de la survie de la loi ancienne 68
41. Exposé du principe de survie. — 42. Gabba.
- 2^o La théorie des droits acquis comme limite à l'effet immédiat 70
43. Aubry et Rau.
- C. — Portée de la théorie des droits acquis 72
44. La critique de Vareille-Sommières. — 45. L'idée de localisation chez les théoriciens des droits acquis. — 46. Valeur de l'explication frustratoire dans la théorie des droits acquis.
- § 3. — *Les systèmes de conflit faisant appel à l'analyse des situations transitoires* 78
47. Savigny. — 48. La théorie des *facta praeterita* et ses insuffisances.
- A. — Application au droit transitoire d'une théorie générale de la situation juridique 82
49. Duguit et Jèze.
- B. — L'analyse des situations juridiques appliquée à la règle de conflit 85
50. Plan. — 51. Bonnacase et le principe de survie. — 52. M. Roubier et le principe de l'effet immédiat. — 53 (Suite).
- C. — Portée des systèmes fondés sur une analyse des situations juridiques 91
54. La jurisprudence française. — 55. La doctrine française contemporaine. — 56. Une évolution divergente de la doctrine transitoire dans l'œuvre de M. Pace. — 57. Bilan des données du droit transitoire.

CHAPITRE II

SYSTÈME GÉNÉRAL DE CONFLIT	101
58. Relativité dans le temps de la vérité normative. — 59. Signification de relativité.	
SECTION I. — Le principe de non-rétroactivité	106
60. De la constatation de la relativité des lois à la nécessité d'une coordination des systèmes.	
§ 1. — <i>Le principe</i>	107
61. Sa formulation et son explication.	
A. — Le principe et sa portée	109
62. Plan.	
a) Objet du principe de non-rétroactivité	109
63. De la notion de loi à celle de système : le problème de l'objet du Droit transitoire. — 64. Coutume. — 65. Jurisprudence. — 66. (suite). — 67. Solution proposée.	
b) A qui s'impose le principe. La question de la rétroactivité expresse	119
68. Problème général.	
1. — La clause de rétroactivité	121
69. Portée. — 70. Valeur de la rétroactivité tacite.	
2. — La rétroactivité de la loi interprétative	127
71. La règle et ses explications. — 72. Mise en œuvre.	
B. — Signification du principe de non-rétroactivité	133
73. Position du problème. — 74. Le principe limité à une application des méthodes générales d'interprétation. Critique. — 75. Le principe et l'existence d'une règle de conflit.	
§ 2. — <i>Etude externe de la règle de conflit</i>	138
76. Plan.	
1. — Objet et fonction de la règle de conflit	138
77. Exposé. — 78. L'explication psychologique. — 79. Justification de la non-rétroactivité par appel aux valeurs sociales. Sa vérification pragmatique.	
2. — Nature de la règle de conflit	143
80. Sa situation dans la hiérarchie des normes	
3. — Caractère de la règle de conflit	146
81. Caractère bilatéral.	
SECTION II. — Eléments de solution	147
82. Plan.	
§ 1. — <i>Localisation dans le temps</i>	148
83. Difficultés du problème. — 84. Eléments caractéristiques de la localisation. — 85. Premières manifestations de l'idée de localisation. — 86. Application en matière de réserve successorale, de règlement judiciaire et de faillite. — 87. Conclusion : les différents faits localisés.	
§ 2. — <i>L'effet de la loi dans le temps</i>	159
88. Position du problème.	
A. — Effets de la rétroactivité	160
89. Les trois aspects de la rétroactivité.	

1. — Les effets normaux de la rétroactivité	161
90. Modalités générales. — 91. Effets des lois interprétatives. — 92. Différenciation entre les effets des lois rétroactives et d'interprétation. Ses conséquences. — 93. Exemples pratiques de rétroactivité.	
2. — Les effets exceptionnels de la rétroactivité	166
94. La rétroactivité aggravée. — 95. La rétroactivité tempérée. — 96. De l'effet immédiat à la rétroactivité tempérée.	
B. — Modalités d'application à un fait présent de la loi ancienne ou de la loi nouvelle	172
97. La survie de la loi ancienne. — 98. De l'application des lois nouvelles aux instances en cours. Limites et portée véritable de la règle.	
§ 3. — <i>L'analyse des situations juridiques</i>	176
99. Le fait localisable placé dans le cadre d'une situation juridique. — 100. Définition du concept de situation juridique. — 101. Rapports du fait et de la situation. — 102. L'analyse des éléments d'une situation relativement à ses conditions d'existence et à son contenu. — 103. Les termes de la question de conflit.	
A. — Création de la situation juridique	182
104. Localisation des éléments constitutifs, critère de la loi applicable. — 105. Applications pratiques aux conditions d'existence d'une situation juridique. — 106. Constitution plurilocalisée d'une situation. — 107. Contenu confondu à tort avec les conditions d'existence d'une situation. — 108. Le problème soulevé par les situations entièrement nouvelles. — 109. Modifications des conditions d'existence de situations antérieures. — 110. Le défaut de localisation dans certaines conditions négatives de création de situation.	
B. — Contenu de la situation juridique	193
111. Distinction entre les faits constitutifs de ce contenu suivant leur localisation.	
1. — Le fait présent se rattache à un élément du contenu concrétisé sous l'empire de la loi ancienne	194
112. Position du problème à partir de quelques exemples. Sa solution. — 113. Le régime transitoire de la responsabilité délictuelle.	
2. — Le fait présent se rattache à un élément du contenu qui n'a jamais fait l'objet d'une concrétisation sous l'empire de la loi ancienne.	197
114. Pluralité des rattachements concevables. — 115. Distinction du contenu des situations et des situations nouvelles connexes. Régime transitoire des lois de procédure et du mode d'exercice des droits. — 116. Les trois ordres d'intérêt justifiant tel rattachement plutôt que tel autre.	
a) Etat des personnes et régime des biens	204
117. Régime transitoire du statut personnel. — 118. Régime transitoire des droits sur les choses.	
b) Statut contractuel	208
119. Explications d'une solution traditionnelle. Les insuffisances et en tant qu'explications et en tant que solution. — 120. (suite). — 121. La théorie de M. Roubier. — 122. Les justifications proposées par la doctrine contemporaine. — 123. Rappel des termes du problème. — 124. Recherche d'une solution fondée sur une localisation commandée par les intérêts en présence. Limitation de la solution traditionnelle aux seuls intérêts des parties. — 125. Localisation possible de ces intérêts à un moment autre que la formation de la situation contractuelle. — 126. (suite). L'arrêt de la Cour de Cassation du 28 février 1950. — 127. De l'éventualité de l'application au contrat d'une loi autre que celle de sa formation. — 128. Portée véritable d'une solution traditionnelle.	

SECTION III. — *La règle de conflit* 233

129. Formulation de la règle. Sa place dans le droit transitoire. — 130. La solution du conflit par une recherche des localisations des éléments des situations. — 131. Rôle comparé de la localisation par qualification et de la localisation par actualisation pour parvenir à la solution du conflit.

CHAPITRE III

TECHNIQUE DU CONFLIT ET MILIEU JURIDIQUE 241

132. Le système de conflit replacé dans le milieu juridique.

SECTION I. — *L'interprétation de la règle de conflit* 242

133. Divers problèmes qu'elle soulève.

§ 1. — *La question des qualifications* 243

134. Définition du problème. — 135. Nature de la qualification et apparition du conflit des qualifications en droit international privé. — 136. Son extension en droit transitoire.

A. — *Domaine du conflit des qualifications* 248

137. Plan. — 138. Justification d'une telle délimitation par l'analyse du rôle de la qualification dans un droit de conflit. — 139. Conséquences. — 140. Impossibilité du conflit des qualifications dans le domaine de la localisation naturelle. — 141. Limite de la solution à apporter au conflit des qualifications.

B. — *Solution du conflit des qualifications* 253

142. Qualification *lege fori vel temporis*. — 143. Justification.

C. — *Portée de la question des qualifications dans le conflit dans le temps* 257

144. Choix de quelques exemples. — 145. Question soulevée par l'application de la loi du 19 juillet 1928 sur le délai-congé. — 146. Question soulevée par l'application des lois nouvelles relatives au louage sur les baux en cours. — 147. Suite. — 148. Recherches des éléments d'une solution. — 149. Suite. — 150. La solution proposée et ses rapports avec la solution *lege temporis* du conflit des qualifications. — 151. Question soulevée par l'application des réformes de 1938 du droit successoral. — 152. Utilisation à nouveau de la qualification *lege temporis* pour résoudre la distinction du contenu d'une situation et de la situation d'exercice des droits.

§ 2. — *Le renvoi dans le temps* 277

153. Le renvoi ou le conflit des rattachements. — 154. Le problème de sa transposition en droit transitoire. — 155. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1912. — 156. Signification profonde du renvoi. — 157. Les limites de la solution du renvoi.

SECTION II. — *La rencontre de la loi désignée avec le milieu juridique* 285

158. Position du problème.

§ 1. — *Portée de l'application d'une loi abrogée* 286

159. Problème général.

A. — *Nature de la loi ancienne* 288

160. Emprunt de l'élément impératif à la règle de conflit. — 161. Résultat.

B. — *Conditions d'interprétation de la loi ancienne* 292

162. Lien de la nature de la loi et de sa glose. — 163. Les modalités de la connaissance et conséquences pratiques. — 164. La loi « insolite » devant la Cour régulatrice.

§ 2. — <i>L'exclusion de la loi ancienne normalement compétente</i>	297
165. — La règle de conflit et l'imprévision de l'incompatibilité.	
A. — L'ordre public n'intervient que lorsque la règle de conflit a bien ou mal fonctionné	298
166. Equivoques dans l'appel à la notion d'ordre public. — 167. Conséquences. — 168. Critique de l'appel à l'ordre public formulée par M. Roubier. Sa portée.	
B. — Portée de l'exclusion de la loi ancienne au nom de l'ordre public	303
169. Distinction de la fonction et du contenu de l'ordre public. Caractère transcendant de la notion d'ordre public. — 170. L'ordre public et la règle de l'article 2 du Code Napoléon. — 171. Remèdes aux dangers présentés par l'appel à l'ordre public.	
C. — Contenu de la notion d'ordre public	309
172. De la pluralité substantielle à l'unité fonctionnelle de la notion d'ordre public. — 173. Quelques exemples d'application.	
CONCLUSION	315
174. La systématisation du conflit des lois dans le temps.	
§ 1. — <i>Application du système général de conflit aux différentes branches du Droit</i>	318
175. Droit privé. Droit mixte. Droit pénal. Droit public.	
§ 2. — <i>Influences réciproques du système général de conflit et de la politique transitoire</i>	323
176. La technique extraite des dispositions transitoires spéciales. — 177. Le recours à l'esprit de la technique chez l'autorité politique.	
§ 3. — <i>Incidences du système général du conflit transitoire sur la théorie générale du Droit</i>	325
178. Les exigences de la règle juridique et le système proposé. — 179. Les conséquences apparemment antinomiques de ces exigences et leur synthèse dans une vue d'ensemble.	
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	329
TABLE ALPHABÉTIQUE DES AUTEURS CITÉS.	335
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.	337
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES.	339

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris — N° 635
Dépôt légal : 2^e trimestre 1959

IMPRIMERIE R. CAVILLON
25, Allée Emile-Cossonneau
Clichy-sous-Bois (Seine-et-Oise)
Typographie : R. VANÇON
N° 117 20-4-1959

